الذخيرة

في فروع المالكية

تأليف

الإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن

الصنهاجي المصري المشهور بالقرافي

المتوفى سنة ٦٨٤ هـ

تحقيق وتعليق

أبي إسحاق أحمد عبد الرحمن

المجلد التاسع

العتق - التدبير - الكتابة - أمهات الأولاد - الجنايات - موجبات الضمان

منشورات

محمد علي بيضون

لنشر كتب السنة والجماعة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الذخيرة

في فروع المالكية

تأليف

الإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن
الصنهاجي المصري المشهور بالقرافي
المتوفى سنة ٦٨٤هـ

تحقيق وتعليق

أبي إسحاق أحمد عبد الرحمن

الجزء التاسع

يحتوي على الكتب التالية:

العتق - التدبير - الكتابة - أمهات الأولاد - الجنايات - موجبات الضمان

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان



الطبعة الأولى
١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م

دار الكتب العلميـة
بيروت - لبنان
رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
هاتف وفاكس: ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٣٧٨٥٤٢ (١ ٩٦١)
صندوق بريد ٩٤٢٤ - ١١ بيروت. لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Ramel Al-Zarif, Bohtory St., Melkart Bldg., 1st Floor
Tel & Fax: 00 (961 1) 37 85 42 - 36 61 35 - 36 43 98
PO Box 11 - 9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Ramel Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm Melkart, 1ère Etage
Tel & Fax: 00 (961 1) 37.85.42 - 36 61 35 - 36 43 98
B.P.: 11 - 9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-3405-1



http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

صلى الله على محمد وعلى آله وسلم تسليماً

كتاب العتق

قال بعض العلماء: عتق العبد فى نفسه وأعتقه سيده فهو معتق وعتيق، والعتق فى اللغة: الخلوص، ومنه: عتاق الخيل، وعتاق الطير أى خالصوها، والبيت الحرام: عتيق لخلوصه من أيدى الجبابرة، وفى الشرع: خلوص الرقبة من الرق.

وفى التنبيهات: العتق والعتاق بفتح العين فيهما، وأمة عتيقة، وإماء عتائق، ولا يقال: عاتق ولا عواتق إلا أن يراد مستقبل الأمر، فهو عاتق غدًا ولا يقال: عتق بضم العين بغير همز من أوله، بل أعتق بالهمزة، والبيت الحرام: عتيق، قيل عتق من الطوفان، وقيل لم يملكه جبار، وقيل: وقد يكون العتق من الجود والكرم، وفرس عتيق، إذا كان سابقا، وعتق العبد أى التحق بالأحرار ثم فضله، وقد يكون من القوة والسراح. عتق الفرخ إذا قوى على الطيران، والعبد إذا أزال ضعفه عن الاكتساب، والعبادات (كذا).

والعتق من المندوبات إجماعا، قال ابن حزم فى كتاب الإجماع: وأجمعت الأمة على أنه لا يجوز عتق غير بنى آدم من الحيوان، لأنه السائبة المحرمة بالقرآن. وأصله: الكتاب، والسنة، والإجماع، أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وما أدرك ما العقبة، فك رقبة﴾ [البلد: ١٢، ١٣] وقوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة﴾ [النساء: ٩٢] وأما السنة ففى الصحيحين: قال النبى ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً، أَعْتَقَ الله - تَعَالَى- بِكُلِّ إِرب مِنْهَا إِربًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ، حَتَّى أَنَّهُ لَيُعتِقُ اليَدَ باليَدِ والرِّجلَ بِالرِّجْلِ والفَرْجَ بالفَرْجِ»(١)، وأجمعت الأمة على أنه قربة، وهو من أعظم القرب؛ لأن الله -تعالى- جعله كفارة القتل، وصلة الرحم أفضل منه؛ لما فى مسلم قال رسول الله ﷺ لامرأة أعتقت رقبة: «لَوْ كُنْتِ أَخْدَمْتِيهَا أَقَارِبَكِ لَكَانَ أَعْظَمَ لِأَجْرِكِ»(٢).

---

(١) أخرجه البخارى (١١/٥٩٩) كتاب كفارات الأيمان: باب قول الله -تعالى-: أو تحرير رقبة (٦٧١٥)، ومسلم (٢/١١٤٧) كتاب العتق: باب فضل العتق (١٥٠٩/٢٣).

(٢) أخرجه مسلم (٩٩٩/٤٤) عن ميمونه بنت الحارث بلفظ «لو أعطيتها أخوالك ...».

فرع: قال اللخمى: ظاهر الحديث يقتضى أنه إذا أعتق ناقص عضو لا تحجب النار عن العضو الذى يقابله منه، وهو ممكن؛ لأن الألم يخلقه الله تعالى فى أى عضو شاء، كما جاء فى الصحيح: «إِنَّ الله تَعَالَى حَرَّمَ عَلَى النَّارِ أَنْ تَأْكُلَ أَثَرَ السُّجُودِ»[١].

فرع: قال: وعتق الذكر أفضل؛ لأن أثر العبادة فيه أوجد.

ولأن كثيرًا من النساء لا يرغب فى العتق؛ لئلا يضيع.

ولأن الرق فى الرجال أزكى.

فإن استووا فى الذكورية وغيرها فأغلى ثمنًا؛ لأنه ﷺ سئل: أى الرقاب أفضل؟ فقال: «أَغْلَاهَا ثَمَنًا، وَأَنْفَسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا»[٢] فإن كان الأعلى ثمنا كافرًا، فضله مالك وخالفه أصبغ؛ قياسًا على العتق[٣] الواجب.

ولأن الآخر يراعى فيه من يصرف إليه الإحسان.

وإذا كان عتق الذكر أفضل، فالمرأة المسلمة أفضل من الكافر، وإذا كانا مسلمين، فالدين أفضل، وإن كان أقلهما ثمنًا.

وفى المقدمات: إنما يكون الأغلى[٤] ثمنًا أفضل حالًا عند استوائهما فى الكفر والإسلام، فالأغلى[٥] ثمنًا من المسلمين أفضل وإن كان الآخر أفضل حالًا.

وفى الكتاب نظران.

النظر الأول: فى أركانه، وهى ثلاثة:

الركن الأول: المعتق.

وفى الجواهر: هو كل مكلف لا حجر عليه؛ لأنه من باب الصدقة بالمال، وفى الركن تسعة فروع:

الأول: فى الكتاب: إذا قال العبد: كل عبد أملكه إلى ثلاثين سنة حر، فعتق،

---

(١) أخرجه البخارى (٨٠٦)، ومسلم (٢٩٩/ ١٨٢) عن أبى هريرة.

(٢) أخرجه البخارى (٥/ ١٤٨) كتاب العتق: باب أى الرقاب أفضل (٢٥١٨)، ومسلم (١/ ٨٩)، كتاب الإيمان: باب بيان كون الإيمان بالله تعالى (١٣٦/ ٨٤).

(٣) فى ط: عتق.

(٤) فى ط: الأعلى.

(٥) فى ط: فالأعلى.

ثم ابتاع رقيقًا قبل الأجل عتق لزوال مانع الرق، دون ملكه[١]، وهو فى ملك سيده؛ لأنه لا ينفذ عتق العبد لعبده إلا بإذن سيده، تطوع بذلك، أو حلف بذلك فحنث، إلا أن يعتق وهو فى يده فيعتق إذا لم يرد السيد عتقه حين عتق، فإن رده قبل عتقه وبعد حنثه لم يلزمه عتقه؛ لأن رد السيد إبطال لتصرف العبد.

وإن قال العبد: إن اشتريت هذه الأمة فهى حرة، فشدد مالك الكراهية فى شرائها، ولم يذكر أن سيده أمره باليمين.

قال ابن يونس: قال محمد: المكاتب والسفيه كالعبد فى رد العتق يبطل، ولا يلزمهم بعد العتق والرشد بخلاف المديان، [يرد][٢] عتقه للغرماء، ثم يفيد مالًا قبل بيع العبد، إذ يقرب بيعه، وقاله ابن القاسم.

قال أشهب: رد الزوج عتق الزوجة، ثم تزول العصمة والعبد بيدها فإنه يبقى رقيقًا.

وقال ابن القاسم: يعتق بغير قضاء بخلاف السفيه والعبد.

والفرق: أن المديان والمرأة مطلقا التصرف فى أنفسهما، وإنما تعلق به حق الغير، فإذا زال المانع نفذ[٣] العتق، والمولى والعبد مسلوبان[٤] صحة التصرف، وإنما قال ابن القاسم فى عتق المرأة: إنه ينفذ بغير قضاء، وفى المديان بالقضاء؛ لأن رد الغرماء إيقاف للنظر[٥] هل له مال أم لا؟ وليس حقهم فى عين العبد، والزوج حقه فى عين العبد، وليس رده لأمر بين، فهو أشبه برد الولى من رد الغرماء.

ورأى أشهب أنه كرد الولى.

والفرق لابن القاسم: أنها تتصرف فى ملكها[٦] بخلاف المولى عليه، فتوسط أمرها.

وأما إن حلف المولى عليه والمرأة والعبد، فلم يحنثوا حتى ملكوا أمرهم، فهو

(١) فى ط: مالكه.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: بعد.
(٤) فى ط: مستلتان.
(٥) فى ط: النظر.
(٦) فى ط: ثلثها.

يلزمهم؛ لزوال المانع.

.وعن ابن القاسم فى الصبى والعبد والنصرانى يحنثون بعد زوال تلك الأحوال: لا شىء عليهم؛ نظرًا لحالة اليمين، وهو السبب.

وقال عبد الملك: إذا أعتق العبد عبده، فسكت سيده وقد علم، لزمه[١] العتق؛ لسكوت سيده وعلمه، وإنما كره مالك شراء العبد الأمة إذا علق عتقها؛ لأن لسيدها رد عتقها فيبقى للسيد وطؤها وهى محلوف بحريتها، وكذلك لو أمره سيده باليمين ولم يأمره بالشراء.

أما لو [أمره بهما][٢] عتقت عليه ولم يكن للسيد الرد كعتقه بإذنه.

قال مالك: وإذا كان السفيه لا يولى عليه وهو يلى نفسه نفذ[٣] عتقه.

قال ابن القاسم إلا البين السفه الذى يحجر مثله.

وعن مالك: البين السفه فى إفساد ماله ينفذ تصرفه حتى يحجر عليه، وهو قول أصحابه إلا ابن القاسم.

قال[٤] أشهب: إذا حلف السفيه المولى عليه بعتق[٥] رقيقه وحنث بعد ولايته لنفسه - يلزمه الحنث.

وقيل: لم يلزمه.

قال أشهب: إذا حنث قبل زوال الحجر بأن[٦] رد وصيه[٧] لم يلزمه بعد الحجر، وإلا لزمه كالعبد، ولم يختلف مالك وأصحابه فى نفوذ عتق السفيه أم ولده؛ لما يدخلها من الحرية، ولا يتبعها مالها عند ابن القاسم إلا التافه.

وقال أشهب: يتبعها كما لو طلق امرأته، ولها مهر عظيم عليه.

والفرق: أنه قادر على الاستثناء ههنا.

وقال المغيرة: عتقه أم ولده لا ينفذ بخلاف طلاقه.

---

(١) فى ط: لا يلزمه.
(٢) فى ط: أمرهما.
(٣) فى ط: بعد.
(٤) فى ط: قاله.
(٥) فى ط: لعتق.
(٦) فى ط: فإن.
(٧) فى ط: وصيته.

وفى الجواهر: لا عتق للعبد إلا بإذن السيد، فيقوم فى مال السيد، كان للعبد مال أم لا، وكذلك[(١)] إن كان بغير إذنه وأجازه.

قال سحنون: ويستوجب مال السيد. وإن احتيج إلى رقبة العبد فيما بيده لم يقوم عليه.

قال اللخمى: إذا قال العبد: كل عبد أملكه إلى ثلاثين سنة -كما تقدم-، فاشترى عبدًا فى حال الرق بعد إجازة السيد ليمينه، لزمه العتق، وإن أجاز يمينه فى ذلك العبد وحده، لزمه عتقه. وله[(٢)]: رد ما يشتريه بعده.

واختلف فى حل السيد ليمين العبد، فجعله ابن القاسم له دون أشهب، قال: وقول أشهب أظهر؛ لأن ضرر السيد في العتق؛ لإبقاء اليمين، ولا ينقص من ثمنه إذا باعه.

الثانى: إن ملّك عبده العتق، فقال: اخترت نفسى.

وقال: نويت بذلك العتق؛ صدق وعتق قياسًا على المرأة فى الطلاق، وإن لم يرد العتق لم يعتق.

وقال غيره: يعتق وإن لم يرده، كما يكون من المملكة طلاقًا وإن لم ترده.

وإن قال العبد: أنا أدخل الدار، وأردت بذلك العتق لم يعتق؛ لأنه ليس من لفظه، وقال غيره: لو قال: أنا أدخل، أو أذهب، أو أخرج - لم يكن هذا عتقًا، إلا أن يريد به العتق؛ لأنه يصلح أن يريد به العتق.

قال ابن القاسم: وإن قال السيد لعبده: «ادخل الدار» يريد به العتق عتق، بخلاف قول العبد؛ لأن العبد يدعى العتق إذا أجاب بغير لفظه، كالمملكة تقول لنا: أدخل بيتى، وتقول: أردت الطلاق، لا يقبل منها.

وليس للعبد والمرأة بذلك خيار - وإن كانا فى المجلس فى قولي[(٣)] مالك جميعًا - لتركهما ما جعل لهما حين أجابا بغير طلاق وعتق.

وتمليك العبد كتمليك المرأة ذلك فى يدهما ما لم يفترقوا من المجلس، أو يطول حتى يرى أنهما تركا ذلك، ولو خرجا من الذى كانا فيه إلى كلام غيره يعلم أنه ترك

---

(١) فى ط: وكان.
(٢) فى ط: قوله.
(٣) فى ط: قول.

لما كانا فيه - بطل ما جعل لهما، وهو أول قولى[١] مالك، وبه أخذ ابن القاسم، وعليه جماعة الناس، ثم رجع فقال: ذلك لها وإن قامت من المجلس، إلا أن توقف أو تتركه يطؤها، أو يباشرها، ونحو ذلك، فيزول ما بيدها، وكذلك العتق.

قال ابن يونس: الفرق عند ابن القاسم بين العبد والمرأة فى اختيار النفس: أن اختيار العبد نفسه قد يراد به البيع، و مقصود المرأة منحصر فى الطلاق.

قال محمد بن القاسم: إن قال العبد: اخترت أمرى، أو قبلت أمرى و نوى العتق، فذلك له، وإن لم ينوه فذلك باق بيده متى شاء أعتق نفسه.

وإن أجابا بغير ما جعل لهما، أبطل -فى الكتاب- ما بيدهما، بخلاف السكوت الذى يترتب فيه الجواب.

وقال أشهب: ذلك لهما ما داما فى المجلس، وقولهما الأول: «أدخل بيتى»، من العبد ونحوه كالسكوت.

قال اللخمى: إذا وكله على عتقها، فقال لها: ادخلى الدار، وقال: أردت العتق لم يصدق عند ابن القاسم، كما لا يصدق العبد.

قال محمد: إذا قال السيد: «ادخل الدار»، وقال: أردت به العتق أو الطلاق، لم يلزمه إلا أن يريد: إذا قلت هذا فهو حر أو طالق؛ لأن هذا ليس صريحًا ولا كناية.

الثالث: فى الكتاب: إن وكلتهما على عتقه، فأعتقه أحدهما، فإن فوضت ذلك إليهما لم يعتق إلا باجتماعهما؛ لأنه ظاهر جمعك بينهما، وإن جعلتهما رسولين عتق، وكذلك الطلاق.

قال أشهب وغيره: لو ملكتها وأجنبيًا عتقها، فلا بد من اجتماعهما؛ لأن لكل واحد منهما [ما لصاحبه فإن][٢] وطئها [أحدهما فقد][٣] انتقض ذلك الأمر وحكم الوكيل حكم الموكل، وتقبل دعواه فى البينة، ويلزم الموكل، بخلاف العبد المتهم لنفسه.

الرابع:[٤] ينفذ عتق السكران وتدبيره، دون المعتوه المطبق، والصبى.

---

(١) فى ط: قول.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: فالرابع.

وإن علق العتق، ثم جن، ففعل ما حلف[1] عليه فى جنونه - فلا شىء عليه.

وإن قال الصبى: كل مملوك لى حر إذا احتلمت، فاحتلم فلا شىء عليه؛ لأن اليمين والحنث لا بد من حصولهما فى زمان ينفذ فيه التصرف، وأحدهما لا يستقل إجماعًا.

والإكراه يمنع لزوم العتق والبيع وغيرهما، وإكراه السلطان وغيره سواء، والتهديد بالضرب إكراه، والتخويف الذى لا يشك فيه، والسجن، وإكراه الزوج بالضرب، وإن افتدت منه بشىء رده.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: البكر التى فى بيت أهلها ولم تعنس، لا يجوز عتقها ولا معروفها، وإن أجازه والدها لا ينبغى للسلطان أن يجيزه، وهى كالصبى، ويجوز عتق المعنسة إذا أنس منها الرشد فى بيت أبيها، والمعروف لمالك: لا ينفذ عتقها، ولا ينفذ تصرف البكر إذا دخل بها زوجها، وإن أجازه الزوج حتى يتبين رشدها.

الخامس: فى الكتاب: دفع العبد لك مالًا لتشتريه لنفسك أو تشتريه لتعتقه ففعلت، لزم البيع، فإن كنت استثنيت ماله لم تغرم الثمن ثانيةً وإلَّا غرمته؛ لأن المال بقى للبائع، ويعتق الذى شرط العتق، ولا يتبعك بشىء دون الآخر، وإن لم يكن لك مال بيع عليك فى الثمن، ويباع العتيق فى ثمنه إلا أن يكفى بعضه، فإن زاد الثمن على العبد، فالزائد فى ذمتك.

وإن اشترى العبد نفسه[2] منك شراء فاسدًا عتق، ولا تتبعه بقيمة ولا غيرها، بخلاف شراء غيره؛ لأنك بعت مالك بمالك، فكأنك المعتق من غير بيع، إلّا أن تبيعه[3] لنفسه بخمر أو خنزير، فلك عليه[4] قيمة رقبة؛ لبطلان أصل العوض بالكلية.

وقال غيره: هو حر، ولا شىء عليه؛ نظرًا لما تقدم.

وإن أعتقه المشترى له بخمر عتق، وعليه قيمته يوم القبض.

---

(١) فى ط: جلف.

(٢) فى ط: بنفسه.

(٣) فى ط: يتبعه.

(٤) فى ط: عنه.

وفى النكت: إذا دفع لك عرضًا وقال لك: اشتر لنفسك، ولم تستثن ماله، فأنت كمن اشترى سلعة بسلعة، فاستحقت السلعة التى دفع فلسيد العبد الرجوع فى عين[١] عبده إن كان قائمًا لم يفت، وإن فات بحوالة سوق أو غيرها فعليك قيمة العبد.

قال ابن يونس: قال محمد: وإن قال له العبد: اشترنى بهذا المال لنفسى، ففعل واستثنى ماله، عتق مكانه؛ لأنه مالك نفسه، وولاؤه لسيده البائع، وإن لم يستثن ماله عاد رقيقًا[٢] لبائعه، والمال له، ولا يتبعه المشترى بثمنه[٣] مليا أو معدمًا، والبيع محمول على أنه اشتراه لنفسه، حتى يعلم غيره؛ لأن الأصل فى مباشرة العقود أن تكون للمباشر، فإن تداعيا ذلك:

قال أصبغ: صدق المشترى استثنى ماله أم لا؛ لأنه ضامن غارم، ويحلف إن استثنى ماله، فإن نكل حلف العبد وكان حرًا، ولو لم يستثن ماله لم يحلف للعبد، ولو ادعى البائع عليه أنه انما اشتراه لنفس العبد، حلف على ذلك وغرم الثمن ثانيةً، فإن نكل حلف السيد واستحق العبد.

قال أصبغ: وإن اختلف السيد والمشترى: فقال السيد: من مال عبدى دفعت إلى، وصدقه العبد، واتفقوا أنه اشتراه لنفسه، صدق المبتاع، استثنى ماله أم لا، فإن نكل حلف واستحق الثمن ثانيةً.

فإن لم يكن للمشترى مال وأعتق العبد رد العتق وتبع[٤] الثمن، عرف بينهما معاملة قبل ذلك أم لا.

وقوله: إذا اشترى شراء فاسدًا، يعتق، ويكون كمبتاعه[٥] كان له غيره كأنك انتزعته منه وأعتقته.

قال محمد بن ميسر: إن أعتقه على خمر فى يده فهو حر، ويكسر عليه، وإن كان فى ذمته فعليه قيمة رقبته، وهو موافق للمدونة، ومسألة المدونة إذا كان مضمونًا، وقال: ينبغى إذا كان مضمونًا أن يعتق[٦] العبد، ويتبع بقيمته.

---

(١) فى ط: غير.
(٢) فى ط: رقا.
(٣) فى ط: بيمينه.
(٤) فى ط: ويبيع.
(٥) فى ط: كما بعته.
(٦) فى ط: يعجل.

قال ابن القاسم: إن بعتَ عبدك من نفسه بأمته فوجدت بها عيبًا لم تردها كأنك انتزعتها وأعتقته.

ثم رجع فقال: إن قاطعته عليها بعينها رددتها واتبعته بقيمتها، ولو كانت يوم العقد ليست له.

قال ابن القاسم: رددتها بالعيب الذى وجدته، ونفذت الحرية، واتبعته بقيمتها، كالمكاتب يقاطعك بجارية بعينها، فتوجد معيبة أو تستحق، فإنك ترجع عليه بقيمتها.

قال اللخمى: وإذا دفع لك عرضًا تشتريه له بالوكالة، وعلم به السيد قبل تغيير سوقة أو بدنه، قضى له بالقيمة، ولم يكن له أخذه، فإن كان موسرًا أخذت منه القيمة، وإلا اتبع بها، وإن أعتقت وأنت معسر، رد عتقك، وبيع فى القيمة إن تغير سوقه، وإلا آخذه؛ لأن الوجه الذى تغيرت به رد من أصله، ويباع عند أشهب فى القيمة؛ لأنه مرت به حالة فات بها.

وقال محمد: إن استثنيت ماله، عتق وولاؤه لسيد الأول لبائعه، ولم يفرق بين كون الثمن عينًا أو عرضًا.

قال أصبغ: إن قال لسيده: بعنى نفسى بمائة، ولم يقل: من نفسى، فباع وقبض المائة، ثم قال: فلان أعطانيها؛ لأشترى بها نفسى، وقد أعتقنى[1] فلان وصدقه فلان، فإن كان قوله جوابًا لا كلاما أو فى المجلس أو قريبًا منه - صدق، وكان فلان[2] وارثه، وإن تباعد بعد الشراء لم يقبل منه.

وإن كان مثله لا يملك ذلك المال فهو كالأول، أو يملكه لم يصدق، والعتق ماض، وولاؤه لسيده.

قال اللخمى: لا يصدق العبد إلا ببينة، فيبطل العتق، ويكون المال للآمر، وليس له أن يجيز[3] فعله، وإذا اشترى نفسه بعبد آبق فى ملكه، فلم يجده، فهل يرجع بقيمته؛ لأنه قصد المبايعة أو لا؛ لأنه انتزاع؟ قولان.

السادس ، فى الكتاب: إن جحد العتق فاستغل واستخدم ووطئ، ثم ثبت العتق

(١) فى ط: أعتق.
(٢) فى ط: مولاة.
(٣) فى ط: يجبر.

بالبينة، وهو يجحد، فلا شيء عليه[(١)] من ذلك، وإن أقر بذلك ولم [ينزع ردت][(٢)] الغلة للعبد، و [له][(٣)] قيمة خدمته، ويحد في الوطء؛ كمن ابتاع حرة وهو يعلم بها، وإن حلف بعتقه[(٤)] فحنث واستغله، ثم مات، وكاتبه ورثته غير عالمين بالحنث، ثم شهد بالعتق مضى العتق الآن، ولا رجوع له بغلة ولا كتابة.

وكذلك إن جرحه السيد أو قذفه وثبت عتقه قبل ذلك والسيد جاحد، فلا شيء عليه، بخلاف حكمه مع الأجنبي.

وقال غيره: إن جحد السيد العتق فثبت بالبينة، رد الغلة، وللعبد حكم الحر فيما مضى قودًا[(٥)] وجرحا، له أو عليه، مع الأجنبي أو السيد؛ لأن الشهادة يثبت حكمها من يوم شهدوا أن العتق وقع فيه.

قال ابن يونس: قال أشهب: جحد السيد مع البينة كالإقرار، إلا في الوطء؛ لأن الجحد شبهة تمنع الحد، إلا أن يقر بالتعمد.

قال محمد: وإن أقر وقد جرحه خطأ، فعليه الأقل من دية جرحه عبدًا أو حرًا للعبد، إلا أن يكون ثلث الدية فأكثر، فلا شيء عليه أقر أو جحد؛ لأنه إقرار على العاقلة.

والقياس: أن عليه ما يلزمه مع العاقلة.

قال ابن القاسم: وإذا استحق العبد، فإنه حر الأصل لم يرد السيد ما أخذه من كتابة أو غلة، خدمة أو خراج دون ما انتزعه من ماله، أفاده عنده أم لا، ودون ما قبضة من أرش جراحاته وقطع يده؛ لأنه لا يضمنه لو مات عنده، بل يرجع على بائعه بالثمن.

قال المغيرة: يرد غلته ويعطى الموطوءة صداق المثل، ولم ير ابن القاسم الصداق؛ لأن مسترق الحر دفع ثمنًا انتفع به، فينتفع بمُثَمَّنه[(٦)]، كما استحق الملك.

والفرق للمغيرة: أن العبد إذا هلك بيد مشتريه ضمنه، و لا يرجع بثمنه،

---

(١) في ط: عليك.
(٢) في ط: تنزع رددت.
(٣) سقط في ط.
(٤) في ط: لعتقه.
(٥) في ط: مرددا.
(٦) في ط: بمثمونه.

والخراج بالضمان، والحر لا يضمنه حر، ولو هلك بيد المشترى رجع بالثمن على البائع.

قال اللخمى: جعل مالك الجاحد فى الكتاب له شبهة الملك، وحمله على النسيان، كمن طلق ثم أصاب على شبهة العقد المتقدم: أنه لا صداق لها.

السابع، فى الكتاب: إن أعتق عبدًا من الغنيمة وله فيها نصيب لم يجز عتقه، وإن وطئ منها[1] حد.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: يقطع للسرقة، وقال غيره: لا يحد للزنى، ويقطع إن سرق فوق حقه ثلاثة دراهم؛ لأن حقه فى الغنيمة واجب موروث بخلاف بيت المال.

ووافق الجميع ابن القاسم فى العتق إلا قولًا: أنه يعتق عليه.

ومنشأ الخلاف: هل يلاحظ حقه فى الغنيمة أو أن للإمام أن يبيع هذا أو[2] يعطيه لغيره؟

و لاحظ ابن القاسم أن حصته من الجنس غير معلومة، فلا يعلم ما يقول لشركائه.

قال: وهذا - والله أعلم - فى الجيش العظيم، وأما فى السرية اليسيرة، فحصته معلومة، فيعتق عليه ويقوم، ولا يحد للزنى باتفاق.

قال اللخمى: قال سحنون: يمضى عتقه من المغنم، ويغرم نصيب أصحابه، فإن كان فيه من يعتق عليه عتق نصيبه وغرم بقيته، وإن أحبل أمة لا يحد، وغرم القيمة يوم أحبلها لأمير الجيش، وإن تفرقوا تصدق به، وإن كان عديمًا فله نصيبه بحساب أم ولد، ويباع باقيها.

الثامن: فى الكتاب: إن أسلم عبد النصرانى، ثم أعتقه قضى عليه بعتقه؛ لأنه حكم بين مسلم ونصرانى ذمى، وإذا دخل الحربى بأمان فكاتب عبده، أو دبره، أو أعتقه، فله بيعه، وكذلك النصرانى إن أعتق عبدًا نصرانيًا، إلا أن يرضى أن يحكم عليه بحكم الإسلام، فيحكم عليه بحريته، وكذلك لا يقوم عليه حصة شريكه، وإن

---

(١) فى ط: فيها.
(٢) فى ط: ولا.

دبر، أو كاتب لم يمنع الآن البيع؛ لأنا لا نعرض لهم فى أموالهم ولا نسائهم، إلا أن يسلم العبد وهو بيده، فيؤاجر المدبر، وتباع كتابة المكاتب؛ لأنه لا يقر ملكه على مسلم، فإن بتل العتق فى نصرانى، أو دبره، أو حلف بذلك، ثم حنث بعد إسلامه، أوقبله، لم يلزمه، وكذلك جميع أيمانه.

[و] فى التنبيهات: إذا دبر النصرانى أو كاتب، فأسلم العبد، ففسخ النصرانى ذلك، لم يعرض له إن دبر قبل إسلام العبد قاله فى المدونة.

وروى فيها: إن كان رده قبل أن يسلم العبد، قال ابن أبى زمنين: وهو أصوب، وقد جاء مفسرًا فى العتبية: ليس له رده بعد إسلامه، لأنه حكم بين مسلم وذمى، فيحكم فيه بحكم الإسلام.

وفى النكت: قال بعض القرويين: إذا أعتق نصرانى نصرانيًا فأسلم العبد أو السيد، لا يحكم عليه بحريته، وله الرجوع ما لم يبن عنه على أصل ابن القاسم، وخالفه محمد، وإنما منع بعد بينونته عنه، لتوجه الحرية عليه للمسلمين، فلا يبطله النصرانى.

قال ابن يونس: وإذا أسلم العبد المدبر وأجرناه(١) فمات السيد نصرانيًا عتق من(٢) ثلثه إن حمله، وإلا فمبلغ الثلث، وورث ما بقى، فإن كان وارثه نصرانيًا: خير على بيع ما صار له، أو مسلمًا، أو لا وارث له، فما رق منه لجميع المسلمين؛ لأن المسلم لا يرث كافرا، وقيل [فى الداخل](٣)، وأما ألا تفسخ الكتابة؛ لأنه من التظالم بينهم.

قال مالك: إلا أن يسلم العبد قبل ذلك، تلزمه الكتابة والتدبير، وإذا أعتق النصرانى عبده وأسلم العبد إن بان عنه وصار كالأحرار، لا يرجع فى عتقه، وإن كان يستخدمه كما كان حتى أسلم فله الرجوع، كما لو طلق امرأته ثم أسلم، فله حبسها إن لم تبن عنه، وإلا فلا، وليس له نقض تدبير المدبر يسلم.

والفرق: أن شأن العتق بينونة العتيق بنفسه، فلما بقى فى خدمته فكأنه لم يعتقه، وليس شأن التدبير البينونة؛ فلذلك لزم، وظاهر المدونة: عدم الفرق، وأن ذلك

(١) فى ط: واجرتاه.
(٢) فى ط: فى.
(٣) هكذا فى ط.

يثبت بإسلام العبد وإن لم ينه فى العتق، فللعتق سببان: العتق والإسلام، ولا يحكم على العبد بعدم البينونة؛ لأنه يقول: لو كانت البينونة [شرطًا][(١)] لرجع فى العتق.

وفى الموازية: عتقه باطل إلا بإسلام أحدهما، فيصير حكما بين مسلم وذمى، فيحكم فيه بأحكام الإسلام.

قال: ويلزم على تعليل صاحب النكت المتقدم: إذا كان المعتق أمةً أو زوجة لا تنفعها البينونة؛ [لأنها لا تلزم][(٢)] حرية، وهو خلاف المنقول.

وإنما العلة: إذا بان عنه فقد فعل موجب العتق والطلاق، وألزمه نفسه، فالرجوع فيه تظالم بينهم.

وقال اللخمى: بل ذلك كالهبة، والبينونة قبض فيمنع الرجوع.

وإذا أعتق أحد الشريكين النصرانيين، وأنفذ العتق، ليس لشريكه التقويم عليه، وله قيمة عيب العتق؛ لأنه من التظالم.

قال المغيرة: إذا حلف النصرانى بعتق غلامه وطلاق امرأته، ثم حنث، فرفع الغلام أو المرأة ذلك إلى السلطان ألزمه ذلك، وكذلك أم الولد إذا مات عنها واسترعت حكم المسلمين.

وعن القاضى إسماعيل: يحد إذا زنى حد البكر، وكل ذلك ضعيف.

التاسع: فى الكتاب: إذا أقر الوارث أو شهد أن مورِّثه أعتق هذا فى صحته أو مرضه، والثلث يحمله، وأنكر ذلك بقية الورثة، ردت شهادته وإقراره، ولا يقوم عليه؛ لأنه لم يعتق، ورق العبد، ويستحب للمقر بيع حصته، فيجعل ثمنه فى رقبة[(٣)] يعتقها، ويكون ولاؤها لأبيه[(٤)]، ولا يجبر على ذلك، وما لا يبلغ رقبة [يعين به][(٥)] فى رقبة، فإن لم يجد ففى أحد[(٦)] نجوم كتابة، فإن ترك الميت عبدًا آخر وطلب الورثة القسمة، فوقع المقر بعتقه[(٧)] للمقر عتق بالقضاء.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: لأنهما لا يلزم.
(٣) فى ط: رقبته.
(٤) فى ط: لأبيها.
(٥) سقط فى ط.
(٦) فى ط: أخذ.
(٧) فى ط: به.

وإن اختلف اثنان فقال أحدهما: أعتق أبى هذا، وقال الآخر: بل هذا، قسمت العبيد فمن[١] وقع فى سهمه، من أقر به عتق عليه ما حمل الثلث منه، وإن لم يقع له، أخرج مقدار نصف ذلك العبد إن حمله ثلث الميت فيجعل فى رقبة، أو يعين به فى رقبة، ولا يؤمر ههنا بالبيع لانقسام العبيد، وما لا [ينقسم فكالعبد][٢] الواحد كما تقدم.

وفى النكت: حيث أمر بالبيع فى حصته، ثم اشتراه بعد ذلك، عتق عليه.

والفرق بين الملك ثانيًا وبين إقراره أولًا: أن الإرث جره إليه والمشترى منحاه[٣] للمالك.

قال ابن يونس: إذا أقر أحد الورثة أو شهد فرد لك، فكل وارث مالك نصابه، فيتورع عن خدمته، ولو قال: أجزت عتق نصابى عتق، ولا يقوم عليه، قاله ابن القاسم.

ورد الشهادة؛ للتهمة فى جر الولاء.

وإن ملك الشاهد أو الوارث المقر العبد[٤] يومًا عتق عليه إن حمله الثلث، رجع عن شهادته أم لا، إذا كان عتق الميت فى مرضه ولو قال فى صحته: لم يجز له ملك شىء منه أبدًا، ولو أعتقه فى مرضه ومعه وصايا فقدم عليها، والثلث يحمله فقط، فإنه متى ما ملك منه شيئًا عتق عليه ملكه كله أو بعضه، وإن كانت تلك الوصايا تقدم عليه عتق عليه، أى أملكه بما كان يحصل له من العتق فى تبدية غيره أو مساواته له، وكذلك إذا لم يملكه، وإنما صار له منه دنانير أو دراهم أو عرض.

وإن شهد الوارث أن الميت أوصى بعتق بقية المعتق بعضه، عتق نصيب الشاهد فقط؛ لأنه لم يدخل فساد على الورثة؛ لأن بعضه حر، ويحلف الباقون على علمهم.

وإن كان مع الوارث من لا يرث الولاء والعبد ممن يرغب فى ولائه - بطلت الشهادة، وإن كان بعضه حرًا، ومتى ملكه عتق عليه، ولا يقوم عليه بقيته، وما عتق بهذا الوجه فولاؤه للميت، ولمن يرثه عنه.

---

(١) فى ط: فيمن.
(٢) فى ط: تنقسم فالكالعبد.
(٣) فى ط: منحان
(٤) فى ط: الوارث الشاهد أو المقر العبد.

وإذا كان وارث واحد هو الشاهد بالعتق، أو وارثان لم يرثه غيرهما عتق جميع العبد، كان الشاهد عدلا أم لا، وإن كان غير مولى عليه.

والذى قاله فى المدونة فيه: يجعل ما صار له فى رقبة من غير إجبار.

قال فى العتبية: يعتق عليه؛ لأنه مقر بحريته.

قال: ونقل الثلث المتقدم مشكل، قال: ولا أعلم فى أصولنا عبدًا يجوز ملكه وبيعه، فإذا اشتراه عتق عليه على مذهب المدونة، إذا اشترى بعضه، إلا أن يشتريه كله، مما لا يعتق عليه بالميراث، إلا أن يمكله كله، والسبب: دخول الضرر على بقية الشركة.

قال مالك: وإذا ترك عبدين قيمتهما سواء، لم يترك غيرهما، وترك ولدين، تنازعا أيهما عتق، واقتسما، ووقع لكل واحد الذى يشهد به، عتق منه ثلثه، مثل أن يكون قيمة[(١)] كل عبد ثلاثين، وثلث للميت عشرون، وهو ثلثا[(٢)] العبد؛ لأن صاحبه لو صدقه كان الذى يعتق منه.

وقال البرقى: إن لم يحملا القسمة تقاوماهما، وإن صار لكل واحد العبد الذى لم يقر به، أمر بإخراج ثلث قيمة الذى صار له، فيجعله[(٣)] فى رقبة بغير قضاء، أو العبد الذى أقر له عتق عليه ثلثاه بالقضاء، لأن قيمتهما سواء.

قال ابن القاسم: إذا ترك ابنا[(٤)] وثلاثة أعبد فقال: أعتق أبى هذا، ثم قال: بل هذا، ثم قال: بل هذا، وقيمتهم سواء، عتق عليه الثلاثة؛ لوجود الإقرار فى الجميع.

وإن اختلفت قيمتهم، عتق من كل واحد ثلث ثلث الثلاثة ومن الثانى ثلث قيمة الاثنين، وثلث ما بقى من الأول، ومن الثالث ثلثه، وثلث ما رق من صاحبيه[(٥)]، إن رق شىء.

قال ابن يونس: إن استوت القيمة ولم يترك غيرهم، عتق الأول؛ لأنه ثلث

---

(١) فى ط: فيه.
(٢) فى ط: ثلث.
(٣) فى ط: فجعله.
(٤) فى ط: أبنان.
(٥) فى ط: صاحبه.

الميت، وثلث الثانى، لا ثلث ما بقى، وأربعة أتساع الثالث؛ لأنه -أيضًا- ثلث ما بقى.

قال اللخمى: إقرار[(١)] بعض الورثة لا يقبل، كان من العبد الذى ينقص عتقه قيمة ما بقى أم لا، وفى إقرار الوارث ثلاثة أقوال: يرق نصيبه، ويبطل إقراره، ويجوز، ويعتق نصيبه ولا يقوم. والثالث: يعتق ويقوم عليه نصيب شركائه؛ لأنه يتهم أن يكون العتق منه، وينسب ذلك للميت، وهل بطلان العتق والإقرار؛ لأنه يدخل عيبًا على الورثة، أو لأنه يؤدى إلى عتق من غير استكمال، فاعتبر فى المدونة حق[(٢)] الشركاء؛ ولذلك أجازه إذا كانا عبدين فاقتسماهما[(٣)]، وعلى هذا إذا لم ينقص أو دفع النقص يجوز وإن كره الشركاء، وكذلك أن رضى الشركاء بالعبد.

وإذا شهد أحد الورثة وهو عدل، فللعبد تحليف الكبار الرشد.

قال محمد: إلا أن يكون فيهم صغير أو سفيه؛ لأنهم [لو][(٤)] أقروا حينئذ، لم يعتق.

وعلى قوله: لو حلف أحد الكبار لم يحلف الباقين؛ لأنهم لو أقروا لم يعتق، فإن نكل حلف الثانى، فإن حلف لم يحلف الثالث.

وعلى القول بعتقه يحلف كلهم، فمن أقر عتق نصيبه، وإن نكل سجن حتى يحلف، وإن شهد اثنان من الورثة ولم يعدلا لم يعتق على ما فى المدونة.

وعلى الآخر: يعتق أنصباؤهما، وإن كانا غير عدلين، والولاء يثبت لجميعهم: المقر والمنكر، وللمنكر خاصة قضى بعتقه، أو للمقر خاصة كالإخوة للأب، والإخوة، أو رجال ونساء، والعبد [لا][(٥)] يرغب فى ولائه جازت الشهادة، وإن كان يرغب فى ولائه[(٦)]، ردها فى المدونة وأجازها فى الموازية.

تنبيه: وافقنا الأئمة على عدم نفوذ عتق الصبى والمجنون والمحجور.

وقال ابن حنبل: يصح عتق الصبى وطلاقه.

---

(١) فى ط: قرار.
(٢) فى ط: حتى.
(٣) فى ط: فاقتسماها.
(٤) سقط فى ط.
(٥) سقط فى ط.
(٦) فى ط: ولاء.

وقال (ح): لا يصح؛ لعدم تمام ملكه؛ بدليل إباحة أخذه منه.

ووافقنا (ش): أن عتق المريض المديون يرد بالدين، ويباع فيه.

قال (ح): يصح، ويسعى[١] العبد فى قيمته، فترد[٢] فى الدين؛ لأنه عتق فى ملكه؛ فيصح كالصحيح.

وجوابه: الفرق بأن الصحيح ذمته باقية فأمكن الجمع بين الغرماء والعتق، بخلاف المريض، مع أنا نمنع الحكم على أصلنا، ومتى تقدم الدين أبطلناه فيهما.

الركن الثانى: العتيق.

وفى الجواهر: هو كل إنسان مملوك لم يتعلق برقبته حق لازم، ولا وثيقة، على الخلاف والتفصيل فى عتق الرهن.

وفى الركن ستة فروع:

الأول: ما فى الكتاب:

إن أعتق ما فى بطن أمته أو دبره وهى حامل يومئذ، فما أتت به من ذلك إلى أقصى حمل النساء، فهو حر، ولو كان لها زوج، ولا يعلم أن حملها[٣] يوم يعتق إلا ما وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم أعتق؛ كالمواريث.

وإذا ولد من يرث لأقل من ستة أشهر لم يرث.

ولو كانت يوم العتق ظاهرة الحمل، من زوج أو غيره عتق ما أتت به ما بينها وبين أربع سنين؛ لأنه أقصى ما يلحق به الولد.

قال غيره: إن كان الزوج مرسلًا عليها وليست بينة الحمل، انتظرت إلى ست أشهر، وإن كان غائبًا أو صبيًا فما ولدته إلى أقصى النساء، فهو حر.

وقال أشهب: لا يسترق الولد بالشك، فلعلها كانت حاملًا [به][٤] يو م العتق.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إن أعتق ما فى بطن أمته فى صحته، لا تباع وهى حامل إلا فى قيام دين استحدثه قبل عتقه أو بعده إذا لم يكن له مال غيرها، ويرق جنينها؛ لأنه لا يجوز استثناؤه، فإن قام الغرماء بعد الوضع والدين بعد العتق،

---

(١) فى ط: ومتعًا.
(٢) فى ط: فيمر.
(٣) فى ط: فسادًا.
(٤) سقط فى ط.

عتق الولد من رأس المال، ولدته فى مرض السيد أو بعد موته، وتباع الأم وحدها فى الدين، أو قبل العتق بيع الولد للغرماء إن لم تف الأم بالدين، ومثل[(١)] هذا الجنين عتق جنين الأمة إذا طرح؛ لأنه لا يعتق إلا بعد الوضع، ولو استهل صارخًا ثم مات، ففيه الدية باستهلاله، مع القسامة قاله مالك.

وإن أوصى لك بجنين، ومات الموصى وأعتقته[(٢)]، وجنى عليه واستهل بعد الوضع ففيه عقل حر، وكذلك الموهوب له.

قال ابن يونس: والصواب: مراعاة يوم الموت كما قاله مالك؛ لأنه لو كان نصرانيًا فأسلم، ثم مات: لوارث الإسلام ووارثيه إلا أن يكون الجرح أنفذ مقاتله.

الثانى: فى الكتاب: إذا أعتق حاملًا عتق جنينها، وإن لم يذكره؛ لأنه كعضو منها.

قال ربيعة: وإن استثناه كان حرًا، ولا ينفعه استثناؤه.

الثالث: فى الكتاب: إذا وهبت الجنين أو أوصيت [به][(٣)]، ثم وهبت أمه لآخر وأعتقها هو أو وارثه بعد موته عتق الجنين تبعا لها[(٤)]، وسقطت القيمة وغيرها.

وإن وهبت عبدًا أو أخدمته لرجل حياته ثم أعتقته قبل الحوز، نفذ العتق وبطل سواه، علم المعطى بالهبة أم لا؛ لأن هذه الأمور مشروطة ببقاء الملك، فتبطل؛ لبطلان شرطها، كما لو مات.

[و] فى النكت: قال ابن القاسم: إذا تصدق بأمته على رجل، وبجنينها على آخر، فوضعت، أخذ كل منهما ما وهب له، فإن أعتقها المتصدق عليه بها قبل الوضع عتقت هى وجنينها.

وقال محمد: إنما يكون للمتصدق عليه بالأم حتى تضع ويبطل عتقه، واختاره محمد؛ لأنه لا تصير له الأم إلا بعد الوضع.

قال ابن القاسم: وكذلك إن أعتق صاحب الولد الولد، فلا عتق له حتى تضع؛

(١) فى ط: فى.
(٢) فى ط: وأعتقه.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: لقيمتها.

فتتم حريته.

قال ابن يونس: إذا تصدق بالرقبة على رجل، وبالجنين على آخر، ففلس صاحب الرقبة بيعت بما فى بطنها، أو صاحب الجنين لم يبع حتى تضع.

وقال محمد: لا تباع فى دين صاحب الرقبة حتى تضع؛ لأنها يومئذ تتعين له، كما لو استثنى خدمتها سنة، وليس كسيدها الأول.

ولو جنت فافتداها صاحب الرقبة لم يكن لصاحب الجنين شىء، وإن أسلمها رقت مع جنينها، كان قد أعتق الجنين صاحبه أم لا، ولو أعتقها صاحبها ثم جنت اتبعت بالأرش.

ومن أعتق جنين أمته، وعلم غرماؤه بعتقه، وقاموا: قال أبو عمران: تباع لهم بما فى بطنها؛ لضعف عتق الجنين؛ لأنها تباع فى الدين المستحدث مع جنينها، وإن بيعت فى الدين المستحدث بجنينها، ثم ردت بعيب وقد ولدت، لا يباع الولد الآن؛ لأنه الآن [مستقل لا يتبعها وأولا هو][1] كعضو منها.

الرابع: فى الكتاب[2]: إذا أعتقه وله على السيد دين رجع عليه، إلا أن يستثنيه السيد، أو يستثنى ماله؛ لأن العبد يتبعه ماله فى العتق.

قال ربيعة: علم السيد بمال العبد أم لا.

قال أبو الزناد: تنفعه بما له فى العتق سرية أولدها بإذن السيد أو لا، وولدها منه رق للسيد، وإن كان بعض العبد حرًا ليس لمالك بقيته انتزاع ماله، ويوقف بيده، وله بيع حصته، ويحل المبتاع فى المال محل البائع، وإن مات فالمال للمتمسك بالرق خاصة؛ لأنه لا يورث حتى تتم حريته.

وقال الأئمة: إن أعتق العبد فماله لسيده.

لنا: ما رواه أحمد وغيره: أن النبى ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ، فَالْمَالُ لِلْعَبْدِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ السَّيِّدُ»[3] خرجه صاحب الاستذكار، ورواه ابن وهب.

ولأنه قاله ابن عمر، وعائشة رضى الله عنهما وقال: وقول الصحابى حجة.

---

(١) فى ط: مستقبل لا يبيعها وأولادها.

(٢) (٤٤٣/٢).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٨/٤) فى العتق: باب فيمن أعتق عبدًا وله مال (٣٩٦٢)، وابن ماجه (٨٤٥/٢) فى العتق: باب من أعتق شركًا له فى عبد (٢٥٢٩).

ولأن المكاتب إذا كوتب تبعه ماله، وإن لم يشترطه، والكتابة سبب العتق، فالعتق[١] أولى.

ولأنه يخرج من [ملكه بحاجة][٢]، فمن المناسب أن يتبعه ماله سدًا لخلته.

احتجوا بقول النبى ﷺ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْتَقَ عَبْدَهُ أَوْ غُلَامَهُ وَلَمْ يُخْبِرْهُ بِمَالِهِ، فَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ»[٣] ولأن العبد وماله كانا للسيد، فيستصحب ملكه.

وعن الثالث: الفرق بأنه فى البيع خرج من غنى نفقة سيد إلى غنى نفقة سيد؛ فلا حاجة للمال.

وفى العتق خرج من غنى إلى فقر.

قال ابن يونس: إذا كان العبد بينكما لا تنتزعان[٤] ماله إلا باجتماعكما، ولا يجوز لأحدكما بيع حصته إلا أن يشترط المبتاع ماله: كعبد بعضه حر، إلا أن تبيعه[٥] من شريكك، قاله سحنون.

وإذا أذن أحدكما لشريكه فى أخذ حصته من المال وأبقى الآخر حصته جاز.

وإن باعه واستثنى المبتاع ماله بينكما نصفان، لا يحاص هذا بما زاد المال فى ثمنه؛ لأنه لا حصة له من الثمن.

قال اللخمى: اختلف قول ابن القاسم فى دين العبد: ففى كتاب المكاتب: إذا كاتب عبده على أن يسلفه: أن ذلك ليس بسلف، بل انتزاع ووعد بالإعادة، والمعتق بعضه إذا باع المالك حصته، واستثنى نصف ماله: قال مالك لم يجز ورد البيع، إلا أن يسقط شرطه أو يرضى العبد به؛ لأنه ماله أعطاه لسيده، ويفسد البيع، ولو كان موقوفًا حتى يسأل عن الحكم لفسد البيع أيضًا.

وأما منافعه: فيخدم السيد يومًا ويومًا له، أو على ما يتراضيان من عدد الأيام إلى خمسة أيام.

---

(١) فى ط: والعتق.
(٢) فى ط: ملك لحاجة.
(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٥٣٠) عن ابن مسعود بلفظ «أيما رجل أعتق غلامًا ولم يسمِّ ما له فالمال له». وقال البوصيرى فى زوائد ابن ماجه: إسناده فيه مقال، اسحاق بن إبراهيم قال فيه البخارى: لا يتابع فى رفع حديثه.
(٤) فى ط: ينترعان.
(٥) فى ط: يبيعه.

وأجاز ابن عبد الحكم شهرًا لشهر. وإن كان [عبد إجارة][١] اقتسما الأجرة بخلاف ما يكسبه من غير خراجه، وللسيد أن يقول: يعمل لى يومًا بيوم، أو أجرة يوم فى تلك الصنعة، ويأخذ السيد نصف ما يحصله فى منجز القراض من ربح، وإن تجر بمال لنفسه لم يأخذ؛ لأن الأول منافعه، والثانى من ماله.

وإن قال السيد: أؤجرك[٢] يومى، فله ذلك، فإن أحب السفر به فله ذلك فى القريب، وإن كان بعيدًا كتب القاضى كتبًا بشهوده من العمل الذى يذهب إليه إن خاف البيع أو الظلم هناك، وإن كان سيده غير مأمون منع من الخروج به.

وقال أشهب: يخرج به وإن لم يكن مأمونا؛ لأنه شريك معه فى نفسه، وليس لأحد الشريكين السفر بالعبد دون رضا الآخر؛ لأنه ملكه لا يتصرف فيه إلا بإذنه، وإذا سافر سيد العبد به ورجع لم يحاسبه بشىء.

وقال أصبغ: يرجع على سيده بأجرة مثله وحريته.

قال: وهذا أشبه، إلا أن يكون ذلك لصنعة يعملها فى الحاضرة ولا توفى إجارته[٣]، فلا يكون له أن يخرج به إلا أن يغرم نصف الذى يحصله فى حضره.

ولا يتبع المعتق ولده؛ لأنه عبد حر، قاله مالك فى الموطأ.

قال اللخمى: والمعتق بعضه ماله بيده فينفق منه ويكتسى؛ لأنه شركة بينهما، والنفقة [الكسوة منصوصة][٤] عليهما، وإن لم يكن له مال أنفق السيد النصف، ونظر العبد لنفسه فى النصف، وكذلك الكسوة

نظائر: قال العبدى: يتبع العبد فى ماله فى ثلاثة: العتق، والكتابة، والجناية، ولا يتبعه فى البيع إلا بشرط، واختلف فى الوصية، والهبة، والصدقة.

وفى النكت: يتبع فى العتق دون البتل[٥]، والصدقة.

والفرق - وإن كان الجميع معروفًا -: أنه فى الصدقة خرج من مالك إلى مالك، فهو أشبه بالبيع من العتق.

---

(١) فى ط: عبدًا حازه.
(٢) فى ط: أجرك.
(٣) فى ط: إجازة.
(٤) فى ط: والسكوت مقصوصة.
(٥) فى ط: البت.

الخامس: قال البصرى فى تعليقه: العتيق فى دار الحرب يقع عتقه؛ قاله مالك و(ش).

وقال (ح): لا يقع؛ لأنه عرضة للسبى؛ فأشبه الكافر.

لنا: أن العباس أعتق عبده بمكة، فنفذ رسول الله ﷺ عتقه فى دار الحرب، وأن حكيم بن حزام عتق رقيقه فى الجاهلية، فقال له ﷺ: «أَسْلَمْتَ عَلَى مَا أَسْلَفْتَ مِنَ الأَجْرِ»[(١)].

ولأن النسب يثبت فى دار الحرب؛ فيثبت الولاء.

ولأنه إعتاق من مسلم؛ فينفذ كدار الإسلام.

وأما القياس على الكافر: فلا يصح؛ لأنه لو أعتق فى دار الإسلام لم يثبت له الولاء.

السادس: فى الكتاب: إن أجره أو أخدمه سنة، فأعتقه قبل السنة، لم يعتق حتى تمضى السنة؛ لتعلق حق الغير، وإن مات السيد قبل السنة لم تنتقص[(٢)] إجارته وخدمته؛ لصحة التصرف فيها حالة الحياة، ويعتق بعد السنة من رأس المال، إلا أن يترك مستحق الإجارة أو "الخدمة حقه، فيعجل[(٣)] العتق.

قال اللخمى: إذا استدان قبل حوزها، أخذها الغريم؛ لأنها شرع بعد الدين كالعتق، وإذا كان الدين قبل العتق، وهو يستغرق قيمة العبد رد العتق، وبيع للغريم[(٤)]، أو لا يستغرق، وفى قيمة الخدمة كفاية الدين، بيعت به، ومضى العتق إلى أجله، وإن كانت لا توفى، وإن بيعت الرقبة، كان فيها فضل لم يبعا، وإن وفى ثلاثة أرباع الخدمة وربع الرقبة أجل[(٥)]: وكان ثلاثة أرباع الرقبة عتيقًا[(٦)] عند الأجل.

الركن الثالث: الصيغة: وفى الجواهر: صريحها: التحرير، والإعتاق، وفك الرقبة.

---

(١) أخرجه البخارى (٢٥٣٨)، ومسلم (١٩٤/ ١٢٣)، والحميدى (٥٤)، وأحمد (٣/ ٤٣٤).
(٢) فى ط: تنقص.
(٣) ف ط: فيجعل.
(٤) فى ط: الغريم.
(٥) فى ط: وجل.
(٦) فى ط: عقيقًا.

والكناية: اذهب واعزب، ونحو ذلك، فلا تعمل إلا بنية العتق.

وألحق ابن القاسم بذلك: اسقنى الماء، وادخل الدار، ونحوه إذا نوى العتق.

ولو قال حال المساومة: هذا عبد جيد حر، لم يلزمه شىء؛ لصرف القرينة إلى المدح.

قال صاحب القبس: إذا قال لعبده: هذا أبى، هو كناية: إن أراد به العتق، عتق، وقال (ش): لا يعتق وإن نوى، لأنها نية بغير لفظ.

وقال (ح): يعتق، إن كان العبد أكبر منه سنًّا.

لنا: قوله ﷺ: «الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ»[1].

قاعدة: الصريح فى كل باب: ما دل على الشىء بالوضع اللغوى أو الشرعى، كما جاء، ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] فى الكتاب العزيز.

وفى السنة: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِى عَبْدٍ»[2].

العتق، والكناية: هى كل لفظ صح استعماله فى ذلك المعنى مجازًا، نحو: اذهب، فيحتمل الذهاب عن الملك وهو عتق من البيت وليس عتقًا، وهذان القسمان وافقنا فيهما الأئمة من حيث الجملة.

وخالفنا (ش) فيما لا يصح استعماله ألبتة.

وعندنا يفيد[3] أنه وضع هذا اللفظ الآن، وهو يمنع أن يجعل[4] مثل هذا من المكلف سبب العتق ونحن نقيسه على الوضع الأصلى.

وجعل (ش): أنت، كناية، ونحن نقول: كل ما كان صريحًا فى باب، لا ينصرف إلى باب آخر بالنية، وقاله (ح)، ولم يثبت العتق.

لنا: أن الصريح فى باب، نقله إلى باب آخر نسخ بالكلية، بخلاف الكناية؛ لأنه أحد محتمليها، والنقل الخاص نحو: اسقنى؛ لأنه ليس إبطالًا بسبب شرعى، وهم نقلوا عنا العتق به؛ لأنه إزالة لمطلق القيد، ومنه لفظ مطلق، ووجه طلق، وحلال مطلق، والملك أحد أنواع القيد، فيزول فيعتق، وقاله صاحب الجلاب وغيره منا،

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) فى ط: بعيد.

(٤) فى ط: أجعل.

فهو مستثنى من القاعدة فى صرف الطلاق للعتاق كما تقدم.

ووافقنا (ش) وابن حنبل فى: «لا سلطان لى عليك»، وفى: «أنت لله»، إذا نوى به العتق؛ لأنه يقبله مجازًا.

ومنع (ح) ؛ لأن الأول يقتضى عنده: لا خدمة لى عليك، ولو صرح بذلك لم يعتق.

والثانى، لو قاله لامرأته لم تطلق.

والجواب: منع الحكم فى الجميع.

ووافقنا (ح) فى: «وهبت منك نفسك» ؛ وقال (ش): إن قبل يعتق، وإلّا فلا ؛ لأنه إيجاب لا بد فيه من القبول.

لنا: أنه لفظ يقبل استعماله فيه مجازًا؛ فيصح كسائر الكنايات؛ لأنه إذا ملكه نفسه، فقد عتق، والتعبير باللازم عن الملزوم مجاز عربى.

وفى الركن: سبعة وعشرون فرعًا:

الأول: فى الكتاب: تعليق العتق بخلاف تعليق التدبير، فلا حنث فى العتق عليه[١] إلا أن يجعل حنثه[٢] بعد موت فلان أو [بعد][٣] خدمة العبد إلى أجل، فكما قال، واليمين بالعتق يجب الوفاء بها[٤] بخلاف الوصية به، فيجوز الرجوع فيها؛ ترغيبًا فى القربات عند الممات، وإذا حنث فى يمين عتق بالقضاء، وفى النذر يؤمر من غير قضاء؛ لأن النذر قربة تفتقر إلى النية والخبر منعها.

وإن قال: إن ملكتك أو اشتريتك فأنت حر، فإن اشتراه أو بعضه، عتق عليه جميعه، ويقوم عليه نصيب شريكه؛ لأنه مدخل للعيب على شريكه بتعليقه.

وإن اشتراه شراء فاسدًا، عتق عليه، ولزمته قيمته، ورد الثمن: كمن باع عبدًا بثوب فأعتقه، ثم استحق الثوب، فعليه قيمة العبد.

وإن قال: إن بعتك فأنت حر، فاشتراه، عتق على البائع ؛ لأنه مرتهن بيمينه، وقد صار عتيقًا بنفس الموت، وهذه الوصية ونفس البيع.

---

(١) فى ط: عليها.
(٢) فى ط: حقيقة.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: به.

قال فى النكت: العتق قد لا يبين[1] فيه فحنث بعد الموت، وتارة يكون معلقًا على موت، وإن حنث بعد الموت، هو مثل التدبير، ولكن التدبير لا يكون إلا بعد الموت، فلما نشأ به أشار إلى الفرق.

وفرق آخر: أن المدبر لا يباع فى الحياة فى الدين، والمعلق عتقه يباع؛ لأنه قادر على المعلق[2] والتدبير أقوى؛ لعجزه عن حله، وهذا يقدم إذا ضاق الثلث بعد الموت.

وقوله: إذا أعتقه، ثم استحق الثوب عليه قيل [فيه][3]: إنما رجع بقيمة العبد إذا كان دافع الثوب قد تقدمت له فيه شبهة ملك، وأما إن تعدى على ثوب رجل، فباعه بعد، فينتقض عتق العبد، ويأخذه عبده.

ووجه تشبيهه: التعليق على البيع بالموت: أنه بالموت؛ فيصير للوارث، ولم يمنع ذلك العتق، كذلك البيع يصير للمشترى، فلا يمنع ذلك العتق.

قال سحنون: ومال العبد ههنا للبائع؛ لأن العتق ورد بعد تقريره له بالبيع.

قال عبد الحق: وإن استثنى المشترى ماله بيد العبد؛ لأن شراء المشترى قد انتقض بالعتق، والبائع لم يبقه لنفسه، فإن قال: إن بعت هذا الشىء فهو صدقة، فباعه لم ينقض البيع، بخلاف العتق؛ لأن الصدقة لا يجبر على إخراجها، وإن كانت على معين، أو على المساكين؛ لأنها يمين، بخلاف العتق؛ فإنه يقضى به.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: من قال: لله على عتق رقيقى هؤلاء، فليف، وإن شاء حبسهم ولا يجبر على عتقهم؛ لأنها عدة جعلها لله تعالى، وإنما يعتقهم الإمام الذى حلف له بعتقهم، وأما التدبير والوعد فيؤمر بهما من غير جبر، وقال أشهب فى: «لله على عتق رقيقى»، يؤمر، فإن لم يفعل قضى عليه.

وإن قال: أنا أفعل، ترك وذاك، فإن مات قبل أن يفعل لم يعتقوا فى ثلث ولا غيره. قال أبو إسحاق مكانه عنده، أوجب على نفسه الفعل، كما أوجب هبة لمعين، فإنه يجبر على إنفاذها، ولا يكون الإيجاب عند ابن القاسم إلا بأن يعتق، وأما «لله على» فعدة لا إيجاب، وهو يقول: «لله على أن أصوم غدًا»، يجب عليه

(١) فى ط: يبن.
(٢) فى ط: المر.
(٣) سقط فى ط.

صيامه، ولا يقضى به عليه.

قال مالك: ومن قال لعبده: «لأعتقنك إن قدمت من سفرى»، فهو وعد، وأرى أن تعتق؛ لما نهى عنه من إخلاف الوعد.

قال محمد: ولا يقضى عليه.

قال سحنون: إن قال: إن بعتك فأنت حر، فباعه بالخيار، لا يحنث حتى يقطع الخيار ويتم البيع.

وقال عبد العزيز بن أبى سلمة: إن قال: إن بعتك فأنت حر، فباعه، لا يعتق؛ لأنه فى ملك الغير إن تحقق الشرط وإلّا لم يعتق؛ لعدم تحقق الشرط، ويؤكد قول مالك الوصية، فإن له الرجوع فيها ما دام حيًا، ولا يعتق عليه إلا بعد زوال ملكه بالموت.

ولأن عقد العتق تقدم عقد البيع، فيقدم أثره عليه.

ولأن السبب قد ينقطع عنه أثره لمانع، كما إذا قال: إن ملكته فهوصدقه، أو إن تزوجتها فهى طالق، فإن العصمة والملك ينتفيان؛ لما تقدم التزامه، فإن باع نصفه ولم يستثن المشترى الآن ماله، فنصف مال العبد قد انتزعه البائع ببيعه إياه، كما يكون انتزاعًا لجمعيه إذا باع جميعه، والنصف الثانى باق فى ملك العبد، فإذا عتق عليه النصف الذى لم يبعه بحكم تبع العبد نصف المال الذى بقى على ملكه؛ لأنه لم يطرأ عليه انتزاع قاله أبو عمران.

قال سحنون: إن قال: «إن انتزعت شيئًا من مالك، فأنت حر»، فباعه من عبد مأذون له فى التجارة، فإن العبد [الأعلى يحوز الأسفل][1] وجميع مال العبد الأعلى للسيد؛ لأن الحنث إنما وقع بعد البيع، ومال العبد إذا بيع للبائع، ولو لحق البائع دين لا ينقض[2] بيعه إذا لم يحاب[3]؛ لأنه إذا رد بيع للغرماء، فالبيع لا بد منه، ولأنا إنما نقضنا بيعه لحرمة العتق، وإذا بطل العتق مضى البيع.

قال ابن القاسم: إذا حلف بحرية عبده: «لا باعه»، فباعه وملك الثمن، رد البيع وعتق، ويتبع المبتاع بالثمن؛ لأنه عتق وعنده وفاء الثمن.

---

(١) فى ط: الأعلا جوز الأسفل.
(٢) فى ط: تنقض.
(٣) فى ط: يجاب.

وإن كانت أمة فأولدها المبتاع عتقت على البائع، ورد الثمن على المشترى، ويقاصه فيه بقيمة الولد.

قال محمد: لا ثمن على المبتاع فيها؛ لأن البائع حنث فيها حين حملت، فصارت حرة بما فى بطنها من يوم استقرت النطفة، وكذلك من اشترى جارية، فحملت واستحقت، فأعتقتها سيدها حاملًا - لا قيمة له فى ولدها.

وإن قال لعبده: إن بعتك، فأنت حر بعد البيع بسنة، فباعه، قال محمد: رد بيعه، وعتق عليه إلى سنة، وإن كان البيع والحرية وقعا معًا: فالعتق أولًا، وقيل: لا يلزمه العتق.

قال محمد: ولو كانت أمةً فوطئها المشترى، وحملت قبل رد البيع، ولا قيمة عليه للولد، وتعتق على سيدها إلى سنة، كما لو باعه معتقة إلى سنة فأولدها المبتاع.

قال محمد: وإن قال: غلامى حر إن بعته، وغلامك حر إن اشتريته، فباع غلامه بغلامك - عتقا عليه، وعليه قيمة غلامك.

وإن [قال: إن][1] بعت عبدى ميمونًا فهو حر، ثم حلف بحرية آخر ليبيعن ميمونًا، فباع ميمونًا، عتق عليه، وبرئ الآخر، كمن حلف: ليبيعن فلانا الحر فباعه رد بيعه، وعتق عليه وسائر رقيقه؛ لأنه ههنا حلف على البيع النافذ.

قال ابن القاسم: إن قال: عبدى حر إن بعته، وحلف آخر: أن امرأته طالق ليشترينه، فباعه منه - حنث البائع والمشترى إن كان المشترى عالمًا بيمين البائع إذا لم يتم البيع، وهو مخالف لما تقدم.

وعلى ما تقدم: لا يحنث المشترى؛ لأنه قد اشتراه الشراء الذى يرجعه إلى حرية، وإن لم يعلم باليمين حنث اتفاقًا.

وإن حلف بحريته إن باعه، فباعه بيعًا فاسدًا حنث، وهو أحوط؛ لأن الضمان فيه من المشترى، وفى بيع الخيار: الضمان من البائع.

قال اللخمى: اختلف فى تعليل: «إن بعتك فأنت حر»: قال محمد: وقع البيع والعتق معًا، فقدم العتق؛ قاله محمد.

---

(١) سقط فى ط.

وقال[١] القاضى إسماعيل: بل معناه: فأنت حر قبل البيع.

وقال سحنون: بالإيجاب قبل القبول، وهل يفتقر عتقه إلى حكم؛ لأنه موضع خلاف؟ قولان، والافتقار أجيز بقوة الخلاف.

الثانى: فى الكتاب: «كل مملوك لى حر»، تعليقًا أو تنجيزًا يعنى به: القن، والمكاتب، والمدبر، وأم الولد، وكل شقص فى مملوك، ويقوم عليه بقيمته إن كان مليًا، وأولاد عبيده من إمائهم، وولدوا[٢] بعد يمينه أو قبله[٣]، وأما عبيد عبيده وأمهات أولادهم فلا يعتقون؛ لأنهم ملكهم دونه، ويكونون لهم تبعًا.

[و] فى التنبيهات: يلزم من هذا: أن الإناث يدخلن فى لفظ المماليك، وهو أحد قولى سحنون.

وعنه: يختص بالذكور؛ لأنه يقال: مملوك ومملوكة.

قال ابن يونس: قال محمد: إنما يعتق ما ولد لعبيده بعد اليمين فى يمينه: «لأفعلن»، لا فى يمين[٤]: «لا فعلت»، وإليه رجع ابن القاسم؛ لأنه فى يمينه: «لأفعلنَّ»، على حنث حتى يبر، فإذا فاته البر ولزمه العتق، لزمه ما ولد من إمائه بعد اليمين؛ لأن الأمهات مرتهنات باليمين، لا يستطيع بيعهن ولا وطأهن، كن حوامل يوم اليمين أو بعده.

وأما: «لا فعلت»، فهو على بر، فإن كن حوامل يوم اليمين دخل الولد وأما بعده فقولان.

وقوله: «كل شرك فى عبد»، قال ابن القاسم: معناه: له فى كل عبد شرك، أما عبيد بينه وبين رجل فيقتسمون: فما كان للحالف يعتق عليه.

قال ابن يونس: وهذا إنما يجرى على قول ابن المواز، وهو خلاف الكتاب.

وقيل: إنما يجرى على قول أشهب فى أرض بيد رجلين، يبيع أحدهما طائفة بعينها منها، فإنها تقسم، فإن وقع المبيع فى حظ البائع مضى البيع ولا نقض، ومنع ابن القاسم.

---

(١) فى ط: وقاله.
(٢) فى ط: ولد.
(٣) فى ط: قبل.
(٤) فى ط: يميخت.

قال ابن القاسم ههنا: لا يعتق عبيد عبيده.

وفى كتاب الأيمان: حلف لا يركب دابة فلان، فركب دابة عبده، يحنث، فقيل: اختلاف.

وقيل: الفرق: أن الأيمان يراعى[١] فيها النيات[٢]، وهى فى دابة [عبد][٣] المحلوف عليه.

ولا فرق بين: «كل مملوك حر»، ومماليكى أحرار، فيختلف فى اندراج الإناث، ويندرجن فى قوله: رقيقًا؛ اتفاقًا، وفى: «عبيدى»، لا يعتق إلا الذكور، وإن كان له إماء حوامل عتق ما أتين به من غلام لأقل من ستة أشهر من يوم قوله، إذا لم يكن ظاهرًا والزوج مرسل عليها، وإلا عتق ما أتين به لخمس سنين.

قال اللخمى: الصواب: اندراج الإناث فى «عبيدى» ؛ لوجهين:

أحدهما: قوله تعالى: ﴿وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّٰمٍ لِّلْعَبِيدِ﴾ [فصلت: ٤٦] فاندرج الإناث.

وثانيهما: أنه من جمع التكسير، وهو يشمل الفريقين.

ولم يوجب مالك اندراج عبد العبد ههنا بخلاف إذا حلف: «ما يملك عبدا» أو لجاريته عبد أنه يحنث؛ لأن مقصود الحلف فى هذا عدم القدرة على التصرف فى عبد.

الثالث: فى الكتاب: قال لعبد غيره: أنت حر من مالى، لم يعتق عليه، وإن أجاب سيده للبيع؛ لأنه لم يعلق، والتخيير إنما يقع فى المملوك.

أو [قال][٤] لأمة غيره: «إن وطئتك فأنت حرة»، فاشتراها، ووطئها، لم تعتق عليه؛ إلا أن يريد: إن اشتريتك فوطئتك.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: إن قال: «غلام فلان حر»، فقال فلان: هو لك بمائة دينار أو بقيمته - لم يلزمه، أو: «هو حر فى مالى بقيمته»، فرضى بذلك صاحبه - عتق عليه بالقيمة: كبيع فاسد فات بالعتق.

قال ابن القاسم: وإن قال: هو حر فى مالى بخمسين، فقال سيده: رضيت -

---

(١) فى ط: راعى.
(٢) فى ط: المنت.
(٣) سقط فى ط.
(٤) سقط فى ط.

عتق، ولا خيار للمبتاع، كمن اشترى عبدًا بإيجاب العتق، مثل: «إن وطئتك فأنت حرة»، قوله للحرة: «إن وطئتك فأنت طالق»، لا يلزمه شىء، إلا أن يريد: إن تزوجتك.

وقال أشهب: قوله محمول على الشراء والتزويج وإن لم يذكره، لا على الوطء الحرام؛ لأنه خلاف ظاهر المسلم.

وفى المدونة: «إن ضربتها فهى حرة» فى الأمة، أو «طالق» فى الحرة - لا شىء عليه إن اشترى أو تزوج فضرب، إلا أن يكون فى خطبة أو سوم، فإنه ظاهر فى التعليق على الشراء أو التزويج.

قال محمد: إذا رد بالعيب فحلفت بعتقه: ما به عيب، لا شىء عليك؛ لأنه فى ملك غيرك.

الرابع: فى الكتاب: كل مملوك أو جارية أو عبد اشتريته فهو حر، فى غير يمين، أو يمين حنث فيها، لا شىء عليه فيما يشتريه، أو كان عنده يوم الحلف، إلا أن يعين أو يجنس[1] جنسًا أو بلدًا، كقوله: من الجنس[2]، أو مصرًا، أو إلى ثلاثين سنة؛ كالطلاق.

وفى التنبيهات: إن خلص يمينه للاستقبال بحرف استئناف كقولك: أملك، فيما يستقبل، أو غدًا أو أبدًا، أو أكتسبه، أو أستفيده، أو أشتريه[3]، أو يدخل فى ملكى، فلا تتناول المستقبل.

واختلف فى: أملكه؛ لاشتراكه فى الحال والاستقبال، هل يختص بالاستقبال أم لا؟

قال: والعموم أشبه بأصولهم.

واختلف جوابه فى الكتاب: فمرة سوى بينه وبين: «اشتريته»، ولم يلزمه فيما يملكه فى الحال، ومثله قوله فيما إذا قال: إن كلمت فلانًا، فكل عبد من الصقالبة حر، لم يلزمه مملوكًا فى الحال، وخالفه فى قوله: إن دخلت الدار فكل مملوك

---

(١) فى ط: يحبس.
(٢) فى ط: الحبس.
(٣) فى ط: اشتريته.

أملكه حر، لا يحنث إلا فيما يملكه يوم الحلف، فقيل: خلاف، قاله سحنون.

وفى الموازية: هو وفاق، وأن مسألة الصقالبة: لم يكن عنده يوم حلف صقلبى، أو أنه نوى خصوص الاستقبال.

و (ش) وغيره يخالفنا فى إسقاط اليمين إذا عمم.

لنا: أنه من الحرج فينفى؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] ومن الضرر فينفى؛ لقوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»(١).

احتجوا بأنه لو قال: على لله عشرون حجة، لزمه ذلك مع بعد الدار، وهى أشد حرجا من عدم خدمة الرقيق وترك الزواج للمشترى.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إن قال: إن كلمت فلانًا أبدًا، فكل مملوك أملكه من الصقالبة حر، فكلمه عتق عليه فيما ملكه منهم، وفيما يملكه يوم يمينه إذا لم تكن له نية، فإن اشتراه بعد يمينه وقبل حنثه، عتق إذا حنث، إلا إن ينوى ما يملكه بعد الحنث، إن جاء مستفتيًا ولم تقم بينة.

قال محمد: إن قال: إن كلمته، فكل مملوكٍ أملكه من الصقالبة أبدًا حرٌّ، لزمه فى المستقبل دون ما يملكه يوم الحلف؛ لقوله: أبدًا، وإن اشتراه له عبده، عتق عليه؛ لأنه اشتراه بأمره، ولا يدين فى هذا إلا أن يكون له نية، وإن أمره بشراء عبد ولم يقل: صقلبيًا(٢)، فاشترى صقلابيًا عالما بيمينه، فله رد شرائه؛ كما إذا اشترى له من يعتق عليه. وكذلك إذا حلف بالطلاق من قوم فزوج(٣) منهم.

قال ابن القاسم: وإن قبله من واهب للثواب عتق عليه حين قبوله، سمى ثوابًا أم لا؛ لأن هبة الثواب بيع، ويلزمه ما سمى من الثواب، فإن لم يسم فعليه قيمته.

أو لغير الثواب، أو تصدق به عليه، أو أوصى له به، أو ورثه – لم يعتق عليه، إلا أن يريد بالشراء الملك، وإنما يلزمه فى ثلاثين سنة إذا أمكن أن يحيا لذلك الأجل، ولا يلزمه ما ملك قبل ذلك.

وإذا ورث(٤) بعضه عبد: قال ابن القاسم: لا يقوم عليه نصيب أصحابه؛ لأنه

---

(١) تقدم.
(٢) فى ط: صقلابيا.
(٣) فى ط: فزوجه.
(٤) فى ط: وردع.

ملك قهرى، وقال أشهب: يقوم عليه؛ لأنه بالحلف عتق عليه، واتفق على التقويم إذا اشترى، فإن اشترى مكاتبا، أو ورث أخاه وهو مكاتب - لم يعتق؛ لأنه[1] إنما ملك مالًا؛ قاله ابن القاسم، ثم رجع فى الآخر.

وقال سحنون: إذا اشترى كتابة حنث إن عجز المكاتب قبل مضى الأجل، أو بعد الأجل لم يعتق.

وفى العتبية: يعتق؛ لأن أصل شرائه فى السنة، وهذا كله خلاف المدونة.

قال اللخمى: جعل كل عبد أو كل جارية فى المدونة تعميمًا.

وقال عبد الملك: كله صنف واحد، فإن قال: كل أمة، ثم قال: كل عبد، لزمه الأول دون الثانى؛ لأنه خلى لنفسه، ومالك يقول: لا يسد[2] أحدهما مسد الآخر، بخلاف الثيب والأبكار فى الطلاق، والعادة شاهدة بذلك.

وإذا عمم فى التسرى فقال: كل جارية أشتريها: ففى الموازية: تلزمه؛ لأنه أبقى الزوج.

وقال سحنون: لا يلزمه، وعلى الأول، لا يمتنع ملكهن للخدمة.

الخامس: فى الكتاب: إن دخلت هذه الدار أبدًا، فكل مملوك أملكه حر، فدخلها لم يلزمه العتق إلا فيما ملك يوم حلف، وإن لم يكن له يومئذ مملوك فلا شىء عليه، ملكه قبل الحنث أم لا، [قال][3] أشهب إن دخلت هذه الدار، فكل مملوك أملكه أبدًا حر، فدخلها لم يقض عليه فيما يمكله الآن؛ لأن قرينة الأبد، تخلصه[4] للاستقبال، كما لو قال: كل مملوك أملكه أبدًا حر، وكل امرأة أتزوجها أبدًا طالق.

السادس: فى الكتاب: إذا باع العبد أوباعه عليه الإمام فى فلس، ثم كلمه المحلوف عليه، ثم ابتاع العبد لم يحنث بذلك الكلام، بل بكلام بعد شرائه؛ لعدم مصادفة الأول محلا يقبل العتق، وإن ورثه لم يحنث مطلقًا؛ لأنه ملك قهرى.

وقال غيره: شراؤه بعد بيع الحاكم كالميراث؛ لارتفاع التهمة فى البيع قهرًا، وإن

---

(١) فى ط: إنه.
(٢) فى ط: لسد.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: تحاصله.

قبله بهبة أو صدقة فكالشراء، وإن كاتبه ثم كلمه عتق عليه؛ لأن الكتابة لا تمنع، فإن كاتبه مع غيره كتابة واحدة، لم يعتق إلا برضا صاحبه، كما لو ابتدأ عتقه، وإن اشتراه من تركه موروثه وهو قدر ميراثه فأقل أو أكثر؛ عتق عليه كله؛ لتحقق الشراء الاختيارى.

وإن حلف بعتق شقص له فاشترى باقيه، ثم حنث، عتق عليه، ولو حنث قبل الشراء عتق شقصه، وقوم عليه باقيه مع المال، وعتق عليه، وإن باع شقصه من غير شريكه، ثم اشترى شقص شريكه، ثم فعل ذلك، لم يحنث، وهو كعبد آخر.

قال عبد الحق: قال ابن بكير: إذا باع عبده المحلوف بطلاقها ثلاثًا بجامع زوال الملك.

والفرق: أن الطلاق المحلوف به وقع فى الزوجة مثله، ولم يقع مثل الحرية المحلوف بها فى العبد.

ولو أعتقه المشترى والعبد نصرانى، فذهب لأرض الحرب، ثم ملك سيده لم تعد اليمين لعقد التهمة، فهذا شبه المسألة، لا ما قاله ابن بكير، بل بيع العبد يتكرر، فهو كطلاق المرأة واحدة أو اثنتين، فإن الطلاق يمكن عوده وتعود اليمين.

قال محمد: إذا حلف بشقص عبده، ثم اشترى بقيته فحنث، عتق عليه شقصه بالحنث، ولا يعتق عليه الشقص الآخر بالحكم؛ لأنه من باب من أعتق شركًا له فى عبد.

قال محمد: وإنما يصح قول ابن القاسم بعدم الحنث إذا باع شقصه، ثم اشترى شريكه؛ إذا باع من غير الشريك، وأما إذا اشترى نصيب شريكه قبل بيع نصيبه، ثم باع نصيبه من غيره ثم حنث، عتق عليه ما بيده، وقوم عليه باقيه؛ لأن الذى باع بعد ملك جميعه مشاع لا يتميز كما كان أولا.

وعن ابن القاسم: إذا باع نصيبه من شريكه بدنانير، ثم اشترى نصيب شريكه أو بادله نصيبه بنصيبه، حنث.

وعن أصبغ: إذا باع شقصه بشقص شريكه ثم حنث، فلا يلزمه عتق.

قال ابن يونس: قال بعض كبار أصحاب مالك: إن شراءه بعد بيع السلطان كميراثه، وابن القاسم يرى أنه قد يخفى ماله ويظهر العدم ليباع عليه، ثم يرتجعه، قال محمد: ولو باعه الإمام عليه بعد الحنث، ثم اشتراه، زالت عنه اليمين، وقاله

مالك وأصحابه إلا أشهب؛ لأنها قضية ترد العتق.

وقال أشهب: قبل وبعد يزيل اليمين لرفع التهمة، ونقض ذلك بقوله: المولى عليه البالغ حنث لم يعتق عبده، ثم يرد ذلك بوصية فيبقى بيده حتى يرشد، أنه يسترقه، ولو كان إنما فيه عقد يمين، فإن يمينه تلزمه، يريد: إن اشراه بعد أن باعه عليه وليه.

قال أبو عمران: إذا قال: إن اشتريته فهو حر، فجنى على الحالف، فأسلم إليه، فذلك كالميراث.

قيل له: فإنه يقدر على ترك الجناية ولا يأخذه.

قال: وكذلك يقدر على ترك الميراث.

وقال: إذا زوج أمته، فباعها الإمام فى فلسه قبل دخول الزوج: فعن ابن القاسم: نصف الصداق للبائع، بخلاف بيعه هو بنفسه.

وعنه: لا شيء عليه، وإن حلف بحرية عبده: إن كلم فلانًا فحنث فرد غرماؤه عتقه وبيع عليه، ثم ابتاعه بعد ذلك، أوتصدق به عليه - قال ابن القاسم: تعود عليه اليمين ويحنث إن كلمه، بخلاف الرجوع بميراث.

قال: وهو مشكل؛ لأن الحنث لا يتكرر، وقد حنث أولًا.

[و][1] الحق أنه لا يعود إلا أن يريد أن الغرماءَ ردوا عتقه وباعوه من غير رفع لحاكم.

والفرق: أن بيع الغرماء يحتمل أنه أخفى ماله، والحاكم يكشف عن ذلك ويحلفه بعد الكشف، ولا ينقض حكمه، بخلاف الغرماء [زفى الف][2]. وقال ابن القاسم: إن حلف بحريته[3] فباعه، ثم حنث فرد بيعه، عتق؛ لأنه نقض للبيع، بخلاف لو اشتراه، ولو دفع قيمة العبد لم يحنث، وكذلك لو قال له: اذهب فبعه فما نقص من ثمنه فعلى، وإن حلفت بحرية جاريتها إن تزوجت فلانًا فباعتها وتزوجت، ثم اشترتها، حنثت، واستثقل مالك شراءها.

قال ابن القاسم: لا بأس به عندى.

(١) سقط فى ط.
(٢) كذا فى ط.
(٣) فى ط: بحرية.

قال محمد: إنما استثقله قبل البناء، أما بعده فلا.

قال: ووجه الحنث وإن كان الزواج مما لا يتكرر: أنه كره مقارنة تلك الزوجة، والمقارنة تتكرر.

قال محمد: إن وهب(١) المحلوف بحريته لولده الصغير الذى فى ولايته، أو وهبه لامرأته لا ينفعه ذلك؛ للقدرة على الرد.

وعن ابن القاسم: تنفعه الصدقة المحوزة عنه، بخلاف أن يبينها بنفسه أو يجعل من يحوزها.

وعن ابن القاسم: إن حلف بحريته إن باعه، فتصدق به على ابنه فى حجره فباعه له فى مصالحه - يعتق عليه، ويغرم القيمة بابنه.

قال اللخمى: إذا اشتراه، وهو ممن يتهم بمواطأة المشترى عادت اليمين، وإن كان من أهل الدين، أو تداولته الأملاك لم تعد.

السابع: فى الكتاب: «إن كلمت فلانًا - أو يوم أكلمه - فكل مملوك لى حر»، ثم كلمه - عتق عليه ما عنده من عبيده يومَ حلف، دون ما يشتريه بعدَ يمينه؛ لأنه إنما التزم ما هو ملك له يوم الحلف، فإن لم يكن عنده يوم حلف عبد: فلا شىء عليه، وكذلك الطلاق والصدقة.

الثامن: فى الكتاب: إن فعلت ولا فعلت على بر، لا يحنث إلا بالفعل، ولا يمنع من بيع ولا وطءٍ، وإن مات لم يلزمه ولا ورثته شىء.

وإن لم أفعل، ولأفعلن على حنث، يمنع من البيع والوطء دون الخدمة، وإن مات قبل الفعل عتق الرقيق فى الثلث؛ لأنه حنث وقع بعد الموت؛ لأن الحنث لما كان بالفعل دل على تقدم البر، وحصول البر بالفعل يدل على تقدم الحنث، فهذا من الفرق بين الصنيعين(٢).

قال ابن يونس: قال ابن كنانة: لا يطأ إن كان مما يمكن الحنث فيه حالة الحياة كضرب العبد، ولم يضرب أجلا؛ لاحتمال موته حالة الحياة، بخلاف: لا يسافرن، فإنه لا يحنث إلا بالموت، فله الوطء؛ لأنها كالمدبرة لا تعتق إلا بالموت، [وسؤال

(١) فى ط: ذهب.
(٢) فى ط: الصنيع.

أصبغ][١]، وخالف ابن كنانة.

قال ابن القاسم: وما ولد للأمة دخل فى اليمين، وإن ضرب أجلًا، فله الوطء؛ لأنه على بر، [وله وطء إماء][٢] الأم وأم البنت، ولا يتبع واحدة منهما، وإن حنث بعد الأجل عتقت وابنتها، وإن مات قبل الأجل، لم يحنث بالموت؛ لأنه على رب الأجل، وإن فلس قبل الفعل بيعت فى الدين، تقدم يمينه أم لا، بخلاف المدبرة؛ لقدرته على البر، ويرتفع العتق، وعجزه عن رفع التدبير.

قال ابن القاسم: والحالف: «إن فعلت» له البيع والوطء، فإن حنث وعنده الأم عتقت، واختلف قول مالك فيما ولدها بعد اليمين: هل يدخل أم لا، ورجح ابن القاسم الدخول، ولم يعب القول الآخر، ورجع إلى عدم الدخول، وإن حلف بحريته: لَا عفا عن فلان، لم ينفعه بيعه ثم يعفو؛ لأنَّ معنى يمينه: لا عاقبته؛ قاله أشهب.

التاسع: فى الكتاب: إن لم تفعلى كذا فأنتِ حرة، أو طالق، وإن لم يفعل فلان، فعبدى حرٌّ أو امرأتى طالق - منع البيع والوطء، ولا يضرب لامرأته أجل الإيلاء، بل يتلوم له بقدر ما يرى أنه رآه[٣] من الأجل فى تأخير ما حلف عليه، ويوقف لذلك المرأة والأمة والأجنبى، فإن لم يفعلوا عتق عليه وطلق، إلا أن يريد إكراه الأمة على ما يجوز له من دخول دار أو غيره، فله إكراهها وبر، ولو مات فى التلوم مات على حنثه، وعتقت الأمة فى الثلث، وترثه الزوجة.

وقال أشهب: لا يعتق بموته فى التلوم، كموته فى أجل ضربه لنفسه، ويضرب له أجل الإيلاء فى: «ليفعلن»، ويتوارثان قبل البر؛ لأنه لا يطلق ميت، ولا يوصى ميت بطلاق.

العاشر: فى الكتاب: الحالف بعتقه: ليضربنه ضربًا، يباح له البر، وإلا عتق عليه مكانه، لأن الامتناع الشرعى كالمنع الحسى، وليضربنه مائة سوط، لا يبيعه حتى ينظر: أيبيعه أم لا؟ وفى ألف سوط يعجل عتقه ويمنع فى الضرب المباح حتى يفعل؛ لأنه على حنث، وإن باع نقض البيع، وإن لم يضربه حتى مات عتق من ثلثه؛

(١) فى ط: وسؤال صمع.
(٢) فى ط: وطب إماث.
(٣) فى ط: أراه.

لأن تأخير البر إلى الموت يدل على إرادته العتق بعد الموت، والعتق بعد الموت من الثلث.

ولأن عتق المريض فى الثلث، وهو قبل الموت، فأولى هذا، ولشبهه بالتدبير.

قال ابن دينار: ينقض البيع، ويضيق عليه، ولا تنقض صفقة مسلم إلّا لعتق ناجز، وإن حلف بعتقها: ليفعلن إلى أجل، منع من البيع دون الوطء ويرد البيع، وإن رضيت به؛ لأن العتق حق لله تعالى، وعن مالك يمنع من الوطء كالبيع؛ لزلزلة الملك بالحلف، فإذا انقضى الأجل ولم يقع المحلوف عليه، عتقت، إلّا أن يكون عليه دين، فهو كالمديان إذا عتق، وإن مات فى الأجل، لم يعتق بموته؛ لأنه على بر.

قال ابن يونس: يصدق فى أنه أراد إكراه الأمة.

وقوله: «عتق مكانه»، قال سحنون: بقضاء[1] الإمام.

قال ابن القابسى: إنما يمكن فى الضرب الجائز إذا كان قد أجرم، وأما بغير جناية فلا؛ لأن أذيته حرام مطلقا إلّا بسبب.

وقال أبو عمران: يمكن من يسير الضرب.

قال: وهو ظاهر الكتاب.

قال عبد الملك: ليضربنه مائة سوط، فقد أساء ويترك، وأباه، وأكثر من ذلك مما فيه نقد، تعجل عتقه فإن فعل قبل ذلك لم يعتق، إلا أن يلحقه أمر فظيع قد أشرف منه على الهلاك، فتعين عليه.

وقال أصبغ: المائة تعد ويعجل عتقه، قال ابن القاسم: وليضربنه ثلاثمائة سوط، ففعل فأنهكه، لا يعتق عليه إلى أن يبلغ منه مثلة شديدة، مثل ذهاب لحم، وتآكله حتى يبقى جلد على عظم، فيعتقه، مثل قطع عضو، وإن حلف على ضرب يجوز، فضرب بعد أن كاتبه بر.

وعن مالك: لا يبر، ويمضى على كتابتها، ويوقف ما يؤدى، فإن عتقت بالأداء، ثم فيها بالحنث، وأخذت ما أدت، وإن عجزت ضربها إن شاء.

قال ابن الكاتب: كيف يرد ما أخذ والعبد إنما عتق الآن؟ وخراج العبد لا يرد،

---

(١) فى ط: يقضى.

ولأنه يعتق فى الثلث إن تأخر البر؛ يدل على أنه قبل ذلك رقيق.

ولأن المستحق من يده لا يرد الخراج، فهذا أولى.

وجوابه: أن المكاتب مشروط له ألا ينتزع ماله، والمستحق وغيره لم يحز ماله، فإن مات السيد ولم يؤد الكتابة وبينه محملها عتقت عليه، ويسقط عنها باقى الكتابة، وكان ما وقف ردًّا عليها، وإن كان عليه دين محيط بماله، مضت على الكتابة، وللغرماء النجوم، فإن ردت عتقت، وإن عجزت، فهى وما أخذ منهما فى الدين.

قال عبد الملك: وإن حلف بحرية أمته ليضربنها مائة سوط، فحملت، لا يضربها وهى حامل، ويمنعه السلطان، ويعتقها عليه، فإن ضربها قبل أن تضع، بر فى يمينه، وإن حلف ليضربنها فباعها قبل الضرب ثم ضربها - قال أشهب: بر، وإن نقصها ضربها غرم النقصان، وإن حملت من المبتاع لم يبر بضربها، ويلزمه العتق؛ لفواتها بالحمل، ويرجع المشترى بالثمن، ولا يحاسب بقيمة الولد؛ قاله مالك، فإن لم يصدقه المشترى ولا شهدت بينه فهى له أم ولد، وينتظر البائع بالثمن تصديق المتباع، فإن أفلس جعل ثمنها فى رقبة يعتقها.

قال ابن القاسم: حملها فوت، وهى أم ولد للمبتاع، صدقه فى يمينه أو قامت به بينة، ولا تعتق، وهى كالمدبرة تباع، فتفوت بالحمل، وهذا إن لم توقت لفعله أجلا، وإن لم تحمل فلا يبر بضربها عند المبتاع حتى ترد فيضربها فى ملكه، بخلاف قضاء الدين، وهى عند المبتاع، وكذلك إن ضرب أجلًا، فقضاه قبل الأجل، وهى عند المبتاع - لبر؛ قاله عبد الملك.

قال أصبغ: إن ضرب لضربها أجلًا، فباعها قبله، فأولدها المشترى، عتقت على البائع بغير قيمة ولدها، فإن لم يضرب أجلًا: قال أشهب كما تقدم.

وقيل: إنها كالمدبرة تحمل من مشتريها فتمضى أم ولد؛ فيتحصل من الخلاف: أنه إن باعها قبل الضرب: قيل: ينقض البيع ويضربها.

وقيل: ينقض، وتعتق عليه، وإن لم ينقض البيع حتى ضربها عند المبتاع: ففى البر قولان، وإن كاتبها قبل الضرب: قيل: يبر بضربها فى الكتابة.

وقيل: حتى يضربها بعد العجز.

وإن أحبلها قيل: يبر بضربها حاملًا، وعلى قول أشهب: لا يبر فى الكتابة، ويعجل عليه عتقها، وقد أحبلها المبتاع؛ لأنه يضربها ويعتق إن صدق المبتاع فى

يمينه، أو قامت بينته، ورد إلى هذا ثمنه.

وقيل: بل ذلك فوت، وتكون لهذا أم ولد.

قال اللخمى: إنما جاز الضرب اليسير؛ لأن العبد لا يخلو من التقصير، وإن جنى، أجاز له الضرب بقدر جنايته وزيادة يسيرة، ويمنع من الزيادة الكثيرة، وإن لم يجن ويمينه يفوت[(١)] ملكه لم يمكن من ضربه وإن قل، وإن مكن من اليسير، وإن ضرب أجلًا، وقال بعده: ضربته، صدق السيد مع يمينه؛ لأن الأصل: بقاء ملكه؛ قاله مالك.

وليس عليه إحضار شهود فى هذا، وكذلك إن حلف الزوج ليضربن المرأة، فإن مات السيد قبل أن يذكر أنه ضربها - لأن الأصل: عدم الضرب - ترث المرأة زوجها، قال محمد لا يعجبنى قوله: من الثلث؛ لأنه ضرب أجلًا، فإن مات قبله؛ لم يكن عليه شىء، أو عتق من رأس المال، إلى أن يمرض قبل انقضائه.

الحادى عشر: فى الكتاب: إن أعتق إلى أجل لا بد منه، منع من البيع والوطء، وينتفع بغير ذلك؛ لأن الوطء إلى أجل معلوم يشبه نكاح المتعة: كالشهر، وموت فلان، أو إذا حضت، ولا يلحقه دين، وإن مات السيد عتق من رأس المال بعد خدمة الورثة بقية الأجل.

وإن قال: إن حملت فأنت حرة، فله وطؤها كل طهر مرة.

قال يحيى بن سعيد وغيره: لا يطأ التى وهب خدمتها إلى أجل.

قال ابن يونس: قال محمد: إن أعتق أم ولده إلى أجل، تعجل عتقها؛ لأنه لم يبق فيها غير الوطء وقد حرم.

قال مالك فى أمته: إن قال: هى حرة بعد سبعين سنة: إن رأى الإمام بيعها معجلا فعل.

قال عبد الملك: إن كان أجلًا يتجاوز عمرها بيعت، كأنه أعتقها بعد موته.

قال عبد الملك: هى كالمدبرة إذا كان الأجل لا يبلغه عمره ولا عمرها [تعتق من][(٢)] الثلث.

---

(١) فى ط: يفور.

(٢) فى ط: يعتق فى.

وإن قال ذلك فى الصحة، فله وطؤها دون بيعها كالمدبرة.

وفى العتبية: اعمل[١] على هذه الدابة، فإذا ماتت فأنت حر، فماتت قبل السيد عتق من رأس المال، وإن مات السيد قبل الدابة، عتق من الثلث، كالقائل: اخدم فلانًا ما عشت أنا، فإن مات قبلى فأنت حر، أو مت قبله فأنت حر إلى موته، فمات، قيل: هو عتيق من الثلث.

قال أصبغ: ليس نظيره؛ لأن ذلك استثناء قيد بعضه ببعض، فاعتبر ثنياه، وهذا أعتق إلى أجل، ولا فرق بين موت إنسان أو دابة، يعتق من رأس المال عاش السيد أو مات.

قال ابن القاسم: وللورثة بيع الدابة بموضع لا يغاب عليها، فإن قتل العبد الدابة خطأ تعجل عتقه، أو عمدًا أخدم إلى مقدار ما يرى أنه عمر الدابة، وكذلك إن بيعت وغيب عليها، وإن قتلها أجنبى عمدًا أو خطأ عتق.

قال سحنون: فإن حملها الغلام فوق طاقتها فماتت، أو قتلها عمدًا عتق مكانه كأم الولد تقتل سيدها فيعفى عنها، فإنها تعتق، وليس على العبد قيمة الدابة على قول سحنون.

وعلى قول ابن القاسم فى المدبر والمعتق إلى أجل يجنى على سيده، يختدمه فى ذلك.

وإن قال: أنت حر قبل موتى بشهر، قيل، يوقف له خراج شهر، فكلما زاد عليه يومًا أطلق للسيد مثله، فإن وافق الشهر مرضه الذى مات فيه فهو من الثلث، أو صحته فهو من رأس المال.

قال ابن القاسم: إن كان السيد مليًا أسلم إليه بخدمته[٢]، فإن مات وحل الأجل وهو صحيح، فمن رأس ماله، ورجع بكراء خدمته، أو مريض فمن ثلثه، ويحلفه الدين، ولا رجوع له بخدمة الشهر.

قال ابن يونس: بخلاف من حلف بحريته: ليفعلن وإن لم يفعل إلى أجل، فله الوطء؛ لقدرته على [حل الأجل بالفعل][٣]، ففارق نكاح المتعة، ويرد البيع حيث

(١) فى ط: عمل.
(٢) فى ط: يختدمه.
(٣) فى ط: حل بالفعل.

منع، فلو لم يرد حتى مضى الأجل ولم يفعل ما حلف عليه لم يرد البيع؛ لأنه بمضى الأجل حنث، وليست فى ملكه، والرد إنما هو لما يتوقع من البر والحنث.

وعن مالك: المنع من الوطء كالبيع، ولو مات فى الأجل لم يعتق، لأنه على بر.

الثانى عشر: فى الكتاب: أحد عبيدي حر[1] ولم يبين معينًا، خير فيهم، بخلاف الطلاق، وقد تقدم تقريره فى الطلاق سؤالًا وجوابًا.

وكذلك: واحد[2] منهم فى السبيل أو المساكين، يخير فيهم، وإن نوى معينًا صدق فى نيته بغير يمين، ولو فسر وهو مريض، يعتق من رأس المال؛ لتقدم التصرف فى الصحة، إلا[3] أن تكون قيمته أكثر من قيمة الآخر، فالفضل من الثلث إن فسر فى المرض؛ لاختصاص هذا الأمر بالمرض.

وقال غيره: بل من رأس المال؛ نظرًا لوقت التصرف.

قال ابن يونس: قال محمد: إن شهد عليه، فأنكر قضى عليه، فإن أبى أعتق عليه أدناهم؛ لأن الأصل: بقاء ملكه، وكذلك ورثته بعد موته، فإن كان فى الشهادة أنه أراد أحدهما ونسيه، حكم بعتقهما معًا عليه وعلى ورثته إن قال ذلك فى صحته.

وعن ابن القاسم: إن قال: أحدهم حر، وشهد عليه وهو ينكر، عتقوا عليه، كالطلاق.

وإن قال: غلامى حر أو امرأتى، خير فيهما، وإن مرض، فإن اختار العتق فمن الثلث، أو الطلاق ورثته امرأته.

وإذا قال: أحدكما حر: قال سحنون يصدق مع يمينه نفيًا للتهمة، فإن نكل عتقا عليه، هذا بإقراره، وهذا بنكوله، وإن قال: لم أنو شيئًا حلف على ذلك، واختار أيهما[4] شاء.

وإن قال: نويت ونسيت عتقا عليه، وإذ ا فسر فى المرض وكانت الزيادة من[5]

(١) فى ط: أحد أحرار.
(٢) فى ط: واس.
(٣) فى ط: أى.
(٤) فى ط: أيها.
(٥) فى ط: فى.

الثلث، وهى[١] مبدأة على الوصايا وعلى العتق والزكاة التى فرط فيها.

ويحتمل التبدئة على التدبير فى الصحة؛ لأنه أمر عقده فى الصحة.

ويحتمل تقديم التدبير لوقوعه.

فعلى التفسير فى هذه الزيادة، فإن لم يختر[٢] حتى مات:

قال ابن القاسم: يختار ورثته؛ لأنه حق مالى كان لموروثهم، وعنه: يقرع بينهم كالعتق فى المرضِ، فإن كانوا ثلاثة عتق ثلث قيمتهم، وعنه: يعتق أثلاثهم، ويشرع العتق فى جميعهم؛ لعدم المرجح.

وعن مالك: يعتق ثلثهم بالسهم، وإن كانوا أربعة فربعهم.

قال محمد: يختار الورثة كقول ابن القاسم، فإن اختلفوا فقول مالك.

وعن ابن القاسم: إن اختلفوا عتق الأدنى، وإن قال فى مرضه: أحدهما حر فمات، عتق نصف قيمتهما[٣] بالسهم إن حمله الثلث، فإن استوت القيمة، عتق من أخرجه السهم، أو أخرج السهم الكثير القيمة، عتق منه مبلغ نصف قيمتهما، أو السهم القليل، عتق كله، وعتق من الآخر تمام نصف قيمتهما؛ قاله مالك وأصحابه إلا المغيرة.

قال سحنون: وكذلك الحكم إن قال فى مرضه: زيد حر، وله عبدان، اسمهما زيد، ثم مات.

قال المغيرة: يعتق نصف كل واحد منهما إن [حمل ذلك][٤] الثلث، وإلا فيقدم ما حمل.

قال عبد الملك: إن قال عند موته: أحدكما حر، عتق نصف قيمتهما[٥] بالسهم، وإن قال: زيد أو عمرو: عتق جميع أحدهما بالسهم، كان أكثر من نصف قيمتهما أو أقل؛ لأن هذين معرفتان، والأول نكرة، وكذلك إن قال: أسهموا بين عبيدى فالخارج أعتقوه[٦].

---

(١) فى ط: فهى.
(٢) فى ط: يخير.
(٣) فى ط: قيمتها.
(٤) فى ط: حمله كذلك.
(٥) فى ط: قيمتها.
(٦) فى ط: عتقوه.

وإن قال: أحدكما حر، فلم يختر حتى مات أحدهما، عتق الباقى، وكذلك إن لم يختر الوارث حتى مات أحدهما، فالباقى حر من رأس المال، فإن مات أحدهما ثم قتل الآخر عمدًا، قتل قاتله، حرًا كان أو عبدًا، وفى الخطأ ديته على عاقلة الحر، وإن قتل أحدهما عتق الباقى.

وإن لم يختر حتى جنى أحدهما فله الاختيار، فإن اختار الجانى فليس له ذلك إلا أن يحمل عنه[1] الجناية، [أو اختار][2] الآخر، فله فداء الجانى وإسلامه، فإن مات الجانى قبل الخيار فالثانى حر بغير عتق مؤتنف، ويورث الآخر مكانه، أو مات غير الجانى عتق الجانى واتبع بالجناية؛ لنفوذ عتق معقود قبل الجناية، كالمدبر يجنى ثم يموت السيد، والثلث يحمله.

قال سحنون: إذا قال: أحدكما حر، فلم يختر حتى مات أحدهما أو استحق بحرية، عتق الآخر.

وعنه: إن مات أحدهما أو مرض السيد، وعليه فى الصحة بينة بذلك، يسأل وقال: أردت الميت، حلف، وإلَّا عتق الحى، أو أردت الحى عتق من رأس ماله بعد يمينه، أو قال لم أرد معينًا، عتق الحى من رأس المال. وإن أقر بهذا فى مرضه أنه قاله فى صحته، فلا يعتق الحى من ثلث ولا غيره، أو قاله فى الصحة، فلم يختر حتى قتلا جميعًا: فعلى القاتل قيمة عبد ودية حر، أو قتل واحد فالباقى حر، أو قطعت يد أحدهما ومات الآخر، ففى اليد دية حر؛ لأن موت صاحبه صيره حرًا، ولا تقطع يد الجانى وإن تعمد.

قال أشهب: إذا استحق أحدهما بحرية أصلية، لا شىء فى الباقى.

قال محمد: ولو قال لعبده ملحد أحدكما حر، فلا شىء عليه أصدق العبارة بذلك الحر فى المسألتين.

وفى الموازية: قال فى صحته لمبارك وميمون: أحدكما حر، وقال لميمون وزيد: أحدكما حر، فإن اختار عتق الذى وقع له القول مرتين، وهو ميمون، [و][3] رق الباقيان، أو اختار رقه، عتق الباقيان، وإن مات ميمون قبل الاختيار يعتق الأول

---

(١) فى ط: عند.
(٢) فى ط: و.
(٣) سقط فى ط.

والثالث؛ لأنه كان قرينًا لكل واحد منهما، وامتنع الخيار لموته.

وإن اختار مباركًا أو زيدًا فلا بد من اختيار عتق [أحد][(١)] الباقيين.

قال ابن القاسم: فإن مات قبل أن يختار [يختار][(٢)] ورثته؛ لأنه من عتق الصحة.

وقيل: يقرع بينهم، فإن خرج ميمون رق الباقيان، أو خرج[(٣)] زيد أقرع بين الآخر وبين ميمون، ومن خرج أعتق، والعتق فى ذلك من رأس المال.

قال سحنون: إذا قال لمكاتبه وعبده: أحدكما حر، يسأل: من أراد بعد يمينه؟ وقيل: لا حلف[(٤)].

وإن قال: لم أرد معينًا، عتق من شاء منهما، وحلف، فإن لم يسأل حتى أديت[(٥)] الكتابة، وقال: أردت المكاتب رد عليه ما أخذ منه من يوم أعتقه.

وإن قال: لم أعتق، عتق القن كما إذا استحق أحدهما بحرية أو موت.

قال سحنون: وإن قال فى صحته لمدبره وعبده: أحدكما حر، سئل، فإن أراد هذا، حلف وصدق، وإن لم يعين اختاره، وإن مات قبل أن يسأل، وحمل المدبر الثلث، عتقا جميعًا، هذا من الثلث فيما ترك بسوى القن، والآخر من رأس المال، كما إذا استحق أحدهما بحرية، فإن لم يحمله عتق منه ما حمل، وخير الورثة بين عتق باقى المدبر وعتق القن.

قال محمد: فإن قال ذلك عند موته، أو فى وصيته أسهم على نصف قيمتهما، فإن خرج المدبر عتق، وإن بقى من نصف قيمتهما شىء جعل فى الباقى إن حمله الثلث، وإن خرج القن، برئ المدبر، ثم عتق القن إن حمله الثلث، إلّا أن تكون قيمته أكثر من نصف قيمتهما فيعتق منه قدر نصف قيمتهما فى الثلث، وإن كان المدبر قدر الثلث عتق كله، وبطلت الوصية.

قال سحنون: وإن قال فى صحته لأم ولده وأمته [إحداكما حرة] يخير، وحلف كالمدبرة والمكاتبة، وإن مات، عتقتا من رأس المال؛ كاستحقاق إحداهما بحرية أو

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: أحدهما.
(٤) فى ط: خلف.
(٥) فى ط: وديت.

فى مرضه، ثم مات عتقت أم الولد من رأس المال: والأمة من الثلث: أو ما حمله.

وإن قال: أقرعوا بينهما، فمن خرج فأعتقوه، أقرع: فإن خرجت أم الولد، رقت الأمة، أو الأمة، عتقت من الثلث، وأم الولد من رأس المال. وإن قاله لعبدين أحدهما موصى بعتقه فهما كالمدبر والقن أحدهما قن والآخر موصى به لرجل، ما لم يمت فى هذا، فلورثته الخيار: فإن أعتقوا الموصى بعتقه فمن رأس المال، وبطلت الوصية، أو الآخر عتق من رأس المال، وبقيت الوصية، وإن قاله فى مرضه، ثم مات، نظر إلى نصف قيمتهما وأسهم بينهما، فعتق من خرج فى نصف قيمتهما إن حمله الثلث.

فإن اجتمعت مكاتبة، ومدبرة، وأم ولد، ومعتقة إلى أجل، وأمة، وقاله فى صحته، خير فيهن، ويحلف، فإن مات عتقت أم الولد من رأس [المال][1]، ردت المكاتبة وحل أجل المعتقة، فلتعتق الأمة من رأس المال، كما لو، قال اللخمى: فى الطلاق و [في][2] العتاق عند عدم النية، ثلاثة أقوال: يخير فيما يعم الطلاق والعتاق، يخير فى العتق دون الطلاق.

الثالث عشر: فى الكتاب: إن دخلت هاتين الدارين فأنت حرة، فدخلت إحداهما، عتقت؛ لأن جزء الشرط كجزء المحلوف عليه، والحنث عندنا يقع بالجزء كما تقدم فى الأيمان، وإن قال لأمتيه أو زوجتيه: إن دخلتما هذه الدار فأنتما حرتان، أو طالقتان، فدخلت واحدة منهما، فلا شىء عليه حتى يدخلا جميعا.

قال أشهب: تعتق الداخلة فقط.

قال ابن يونس: عن ابن القاسم: يحنث فيهما بدخول إحداهما؛ لأنه حد المحلوف عليه.

قال: ووجه قوله الأول: أنه كره اجتماعهما فيها لوجه ما، وعلى هذا وقعت يمينه فلا يحنث بإحداهما؛ لعدم الاجتماع.

ورأى أشهب: أنه حلف على كل واحدة[3] منهما فلم يتحقق الشرط لا فى إحداهما، كأنه قال: كل من دخلت فهى حرة.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: واحد.

الرابع عشر: فى الكتاب: قال لعبده و امرأته: إن كنت دخلت الدار فأنت حر، أو طالق، فقالا: دخلنا، أو «إن دخلت»، فقالا[١]: دخلنا، أو لم يقر، أو لم يعلم صدقهما، أو قال لعبده: إن كنت تبغضنى فأنت حر، فقال: أنا أحبك، أو[٢] إن كنت تحبنى فقالت[٣]: أبغضك، أو سألهما عن خبر، وقال: إن كتمتنى، أو إن لم تصدقنى فقال: صدقتك وهو لم يدر، أمر فى ذلك كله بالعتق، والطلاق، وجميع ما يلتزمه من غير قضاء؛ لأنه شاك فى البر والحنث.

قال ابن يونس: إن صدّقهما فى الحنث، لزمه بالقضاء، وإن رجعت عن إقرارها.

الخامس عشر: فى الكتاب: إن قال لأمته وامرأته: ادخلى الدار، يريد: العتق، أو الطلاق، لزمه، وإن أراد أن يقول: أنت طالق أو حرة فقال: ادخلى الدار، لم يلزمه شىء حتى ينويه بذلك اللفظ قبل أن يتكلم به؛ لأن الكلام النفسانى لا بد معه من اللسانى.

وإن قال لأمته: أنت برية، أو تبلة[٤]، أو بائن، أو بتة، أو كلى، أو اشربى، يريد: الحرية - عتقت، وإن قال، كذلك فى العتق للجارية: اذهبى، وقال: أردت العتق، صدق؛ لأنه من كنايات العتق.

قال اللخمى: قال أشهب: إذا أراد بقوله: ادخلى الدار: العتق، أو الطلاق، لا يلزمه، وقد تقدم تقريره.

السادس عشر: فى الكتاب: «يدك حر»، عتق عليه جميعه فى القضاء والفتيا، و«اليوم» عتق أبدًا؛ لأن العتق لا يتبعض ولا يوقت و «حر فى هذا اليوم من هذا العمل»، وقال: أردت عتقه من العمل دون الرق، صدق مع يمنيه، أو استحسن عمله فقال: «ما أنت إلا حر»، ولم يرد العتق: لا يعتق فى القضاء ولا فى الفتيا؛ للقرينة وإن مر عليه عاشر[٥] فقال: هو حر، ولم يرد العتق، فلا شىء عليه فى القضاء ولا فى الفتيا إن علم أن السيد أراد دفع الظلم.

(١) فى ط: فقال.
(٢) فى ط: و.
(٣) فى ط: فقل.
(٤) فى ط: حية.
(٥) العاشر: الذى يقوم بأخذ العشر.

قال ابن يونس: قال سحنون: إن قيل له: عبدك يزعم أنه حر، فقال: هو صادق، فسأل العبد فقال: نعم أنا حر، فقال السيد: ظننت أنه يقول الحق - فلا حرية له، كمن رضى بشهادة رجل، فله مناكرته.

قال ابن القاسم: إن سئل عن عبده، فقال: ما له رب إلا الله، أو قيل له: ألك هو؟ فقال: ما هو لى، فلا شىء عليه، ويحلف.

قال: وإن شتم عبد حرًا فشكاه لسيده، فقال: هو حر مثلك، فهو حر؛ لأن المقصود التسوية فى الحكم، ولن يستوى إلّا بالحرية.

قال سحنون: وإن قال: تصدقت عليك بخراجك، أو عملك، أو خدمتك ما عشت: أنه عتق مكانه؛ لأن هذه صفة الحر، ولو قال: تصدقت عليك بخراجك، وأنت من بعدى حر، فهو كأم الولد، ولو قال: تصدقت عليك بخراجك، أو عملك، ولم يزد على هذا: عتق مكانه؛ قاله ابن القاسم.

قال مالك: وإن قال: تصدقت عليك بعتقك، عتق، وإن وهبه نصفه عتق كله، وولاؤه لسيده، وكذلك إن أخدمته عوضًا.

قال اللخمى: ومعنى قوله فيما تقدم: يكون كأم الولد: أن يعتق من رأس المال.

وإذا قال: له معاش[1]، ونوى: العتق، لزمه؛ لأن الإكراه لا يتعلق بالنية إن كان ذاكرًا أن له ألا ينويه، وإن لم ينو عتقت على القول بأن الإكراه لا يكون إلا فى المال.

السابع عشر: فى الكتاب: قال لعبده: أنت حر، أو لامرأته: أنت طالق، وقال: نويت الكذب، لزمه ذلك، وإنما ينوى فى المحتمل: كالعاشر ونحوه.

.و «لا سبيل لى عليك»، أو «لا ملك لى عليك»، عتق إلّا أن يعلم أنه جواب لكلام قبله، فيصدق.

وإن قال لأمته: هذه أختى، أو قال لعبده[2]: هذا أخى، ولم يرد الحرية، فلا شىء عليه.

الثامن عشر: فى الكتاب: أنت حر إن شئت، فذلك له، وإن قاما من المجلس

---

(١) هكذا فى ط.

(٢) فى ط: لعبد.

كالتمليك فى المرأة، إلا أن تمكنه الأمة من وطء أو مباشرة وتوقف؛ ليختار العتق أو الترك، ثم قال: لا أرى بعد المجلس شيئًا إلا أن يكون شيئًا فوضه إليها.

التاسع عشر: عبيدى أحرار إلا فلانا، ذلك له دون الاستثناء بمشيئة الله تعالى، خلافًا لـ (ش)، وتقدم فى الأيمان تقريره.

وعبدى حر إن كلمت فلانًا، إلا أن يبدو لى، أو: إلا أن أرى غير ذلك، فذلك له، بخلاف: «إلا أن يشاء الله»، وقد تقدم إشكال كثير وجوابه فى كتاب الأيمان متعلق بهذا.

قال اللخمى: أنت حر إلا أن يشاء أبى، قيل: يعتق وإن كره أبوه.

وقيل: حتى يرضى؛ لأن معناه: أنت حر إن يشأ أبى، و «إلا أن يبدو لى»، إن بدا له لم يلزمه شىء، وإلَّا لزمه.

وإن قال: أنت حر إلا أن أرى غير ذلك، عتق؛ لأن العتق لا يرتفع بعد وقوعه.

العشرون: فى الكتاب: قلت: يا ناصح، فأجابك مرزوق[1]، فقلت: أنت حر، تظن ناصحًا، وقامت بذلك بينة - عتقا جميعًا بالقضاء، مرزوق بالبينة، وناصح بالإقرار، ولا يعتق فى الفتيا إلَّا ناصح؛ لأنه المقصود.

وقال أشهب: يعتق مرزوق فى القضاء والفتيا، ولا عتق لناصح؛ لأن الله - تعالى- حرمه.

قال ابن يونس: قال أصبغ: يعتقان جميعًا فى القضاء والفتيا؛ كموقع الطلاق على إحدى امرأتيه يظنها الأخرى.

وقال ابن سحنون: لا يعتق واحد منهما.

الحادى والعشرون: فى الكتاب: عبد بينكما فقلت: إن دخلت البيت أمس فهو حر، وقال الآخر: إن لم يكن دخل البيت أمس [فهو][2] حر إن ادعيتما علم ذلك دينتما، أو ظننتما، عتق بغير قضاء.

وقال غيره: بالقضاء.

قال ابن يونس: يحلف كل واحد منهما[3].

(١) فى ط: ميمون.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: على.

قال ابن القاسم: إذا شهد أحدهما: أن شريكه أعتق حصته، فقال -مرة-: هو أو غيره: لا يعتق منه شيء؛ لأنه متهم في جر الولاء.

وقال مرة: يعتق إن كان المشهود عليه موسرًا، عتق نصيب الشاهد؛ لأنه أقر أنه إنما له على المعتق قيمة، فعلى هذا القول: إن كان الحالفان موسرين عتق عليهما إن ادعيا اليقين؛ لأن كل واحدٍ أقر [أنه][1] إنما له قيمة، وأن الآخر حنث، وحكى هذا القول محمد، وعابه، وقال: العتق إنما يكون بقبض القيمة بعد التقويم، ولم يقع ههنا.

الثاني والعشرون: في الكتاب: أنت حر إذا قدم أبي، لا يعتق حتى يقدم وكان يمرض بيعه، وأجاز ابن القاسم البيع والوطء كالطلاق.

و «إن جئتني - أو متى جئتني - بألف، فأنت حر»، فإن فعل عتق، وإلا فعبد، ويتلوم له، ولا ينجم عليه، ولا يطول لسيده، ولا يعجل بيعه إلا بعد تلومه بقدر ما يرى الإمام كمن قاطع عبده على مال إلى أجل يمضي الأجل قبل أدائه يتلوم له، فإن دفع المال أجنبي، جبرت على أخذه؛ لأنه كفداء الأسير وعتقه أو دفعه العبد من مال كان بيده، قلت: هو لي، فليس لك ذلك؛ لأنه كالمكاتب وتمنع من كسبه أيضًا.

وفي النكت: إذا قال المريض: أد إليَّ وزيتي ألفًا وأنت حر، تنجم عليه، بخلاف الصحيح، فيفترقان في التنجيم، ويستويان فيما عداه من تصرفهما فيما بأيديهما، وسقوط نفقتهما عن السيد.

وقال ابن يونس: إن قَدم أبي، صرح بإجازة البيع، بخلاف: إذا قَدم أبي؛ لأن «إذا» للمعلوم، و «إن» للمشكوك. فلا تقول: سافر إن طلعت الشمس، وتقول: إذا طلعت الشمس، ثم رجع، فقال: هما سواء؛ لأن الناس في العادة يسوون بينهما في غالب التعليق.

قال أبوعمران: يجب أن يمرض في الوطء كما يمرض في البيع.

قال ابن القاسم: إذا قدمت مصر فأنت حر، ثم بدا له ألا يسافر، يعتق إلى مثل ذلك القدر الذي يبلغ فيه، وكذلك: سر معي إليها وأنت حر، إلا أن يكون قال: إن خرجت أنا، فلا شيء عليه.

---

(١) سقط في ط.

قال سحنون في: «اخرج معي إلى الحج وأنت حر، وإن بلغت معي إلى الحج فأنت حر» فليس له بيعه، خرج أم لا، ويعتق إلى أجل من رأس المال، وإن مات قبل الخروج وهو من عبيد الخدمة، عتق إذا مات السيد.

قال المغيرة: إن قال له - وهما متوجهان إلى مكة -: إن دخلناها فأنت حر، فلما بلغا مر الظهران: أراد بيعه، له ذلك ما لم يدخلا مكة؛ لأنه أجل قد يكون وقد لا، كقدوم فلان.

وعن ابن القاسم: قال لأمته: إن حملت فأنت حرة، فإن كانت حاملًا فهي حرة، وإن لم يبن ذلك حيل بينه وبينها، ووقف خراجها، إن تبين حملها عتقت، وأعطيت ما وقف(١) من خراجها، وإن لم تحمل [كان له](٢) بيعها.

وقال سحنون: لا تعتق بهذا الحمل.

وقيل: يطؤها في كل طهر مرة.

قاعدة: عشر حقائق لا تتعلق إلا بمعدوم: مستقبل الأمر، والنهي، والدعاء، والإباحة، والشرط، وجوابه، والوعد، والوعيد، والترجي، والتمني.

فهذه القاعدة يشكل قول ابن القاسم باعتبار الحمل الظاهر، ويتجه قول سحنون.

ولهذه القاعدة احتاج العلماء في قوله تعالى: ﴿إِن كُنتُ قُلْتُهُۥ فَقَدْ عَلِمْتَهُۥ﴾ [المائدة: ١١٦] إلى تقدير فعل مستقبل، تقديره: إن يثبت كوني قلته.

وإذا قال له: إن أديت(٣) لي كذا فأنت حر، فوضعه عنه السيد، عتق؛ لأن الإبراء كالعطاء؛ لجامع تحقق البراءة.

وإن قال له: إن أعطيتني اليوم، فلا بد من التلوم بعد اليوم إذا لم يعطه.

الثالث والعشرون: في الكتاب: أول ولد تلدينه فهو حر، فولدت ولدين في بطن، عتق أولهما خروجًا، فإن خرج ميتًا لم يعتق الثاني؛ لأنه إنما أعتق الأول.

وقال ابن شهاب: يعتق؛ لأنه لا يقع على الميت عتق.

وإن قال في صحته: كل ولد تلدينه حر، عتق ما ولدت، واستثقل مالك بيعها؛ لما يتعلق بذريتها من حق العتق.

(١) في ط: وقفت.
(٢) سقط في ط.
(٣) في ط: وديت.

قال ابن القاسم: وأنا أرى بيعها؛ لعدم وجود [سبب العتق](١)، إلا أن تكون حاملًا حين التعليق، أو حملت بعد قوله، أو يقول: ما فى بطنك، أو إذا وضعته فهو حر، فلا تباع(٢) حتى تضع، إلا أن يرهقه دين فتباع ويرق؛ لأن الأجنة تابعة، ولو ولدته فى مرض السيد، أو بعد موته، ولا دين عليه، وقد أشهد على قوله فى صحته - عتق من رأس المال؛ كمعتق إلى أجل، هذا إن كان الحمل فى الصحة، فإن كان فى مرضه(٣)، أو بعد موته عتق من الثلث؛ لأن عتق المريض إلى أجل، من الثلث، والأول كمن قال لعبده: إذا وضعت فلانة فأنت حر، ووضعته والسيد مريض، أو بعد موته - عتق من رأس المال.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم فى أول ولد [تلدينه](٤)، فوضعت ولدين، سواء كانا غلامين أو جاريتين، أو غلامًا وجارية، وإن لم يعلم الأول، فهما حران بالشك.

قال مالك: إن قال: إن وضعت غلامًا فأنت حرة، فوضعت غلامين، فالأول حر؛ لأن الشرط لا يتكرر، أو وضعت جارية ثم غلامًا فى بطن، لزمه عتق الغلام.

أو غلامين، لزمه عتق الأول، وأولهما ميت عتق الحى، بخلاف قوله: أول ولد تلدينه.

وشهادة النساء فى السبق بينهما جائزة.

قال محمد: إذا لم يعلم الأول: فالقياس أن يعتق من كل واحد نصفه، ويتم باقيه بالسنة، فيعتقان جميعًا.

قال ابن القاسم: يعتق بوضع الميت.

وإن قال: إن ولدت جارية فأنت حرة، فولدت جارية، عتقت الأم ورقت الجارية؛ لأن عتق الأم متأخر عن الولادة؛ لأن المشروط متأخر عن الشرط، أو ولدت جاريتين، فالأم والثانية حرتان بالشك؛ لتأخرها عن سبب الحرية، أو وضعت غلامًا ثم جارية، عتقت دون الولدين لتقدمهما على عتقها(٥)، أو الغلام آخرًا عتق

---

(١) فى ط: سبع العتق.
(٢) فى ط: يباع.
(٣) فى ط: ولدته فيه.
(٤) سقط فى ط.
(٥) فى ط: عتقهما.

هو مع الأم، ورقت الجارية؛ لتقدمها.

وإن قال: إن ولدت جارية فأنت حرة، أو غلامًا فزوجك حر، فولدتهما[١]، عتق الأبوان، وإن ولدت جارية أولا، عتق الغلام، أو الغلام أولا، رق الوالدان، فإن الغلام حر.

وإن قال: أول بطن تضعينه فوضعت توءمين عتقًا.

وإن قال: ما فى بطنك حر، وأشكل: هل فى بطنها شىء؟ لا يعتق إلا ما تضعه لأقل من ستة أشهر من يوم القول، فإن كان الحمل بينًا فهو حر، وإن لم تضعه إلا إلى خمس سنين.

الرابع والعشرون: فى الكتاب: إذا أعتقها على أن تتزوج به أو بغيره فامتنعت: عتقت، ولا يلزمها ذلك، وكذلك إن أعطيته ألفًا على أن يعتق أمته ويزوجك بها، فلا يلزمها، وتلزمك الألف.

[و][٢] فى النكت: قال محمد: إلا أن يبين أنه زاد على قيمتها للنكاح فيرد الزائد، ورأى مالك الكل سواء، والاستثناء لا ينفع فى العتق، كما لو قال له: خذ ثلاثين دينارًا على أن عتقها، واستثن لى عليها خدمة عشر سنين، فلَا خدمة له، ولا رجوع على المعتق، وإنما لم يلزم الأمة الشرط؛ لأنها إذا عتقت سقط إجبار السيد عنها، فهى أسقطت حقها قبل سببه، كمسقط الشفعة قبل البيع.

قال اللخمى: ولو كان السيد يجهل، فيعتقد أن الألف قيمتها وصداقها لها، وأن الصداق له، قضى الألف على قيمتها وصداق المثل، وينظر إلى قيمتها بشرط العتق، وعلى البيع للملك، وكذلك إذا قال: أعتقها وزوجنيها على الألف فسقطت الألف بخلاف قوله: «ولك ألف»، وإذا أسقطت رجع للدافع الزائد على النية.

الخامس والعشرون: فى الكتاب: أنت حر الآن وعليك مائة إلى أجل كذا، عتق الآن واتبع بالمائة وإن كره؛ قاله مالك؛ لأن لك اتباع ماله وعتقه.

وقال ابن القاسم: لا شىء عليه ويعتق؛ لأنك ليس لك أن تعمر ذمته، بل لك انتزاع الموجود.

---

(١) فى ط: فولدتها.

(٢) سقط فى ط.

وأنت حر على أن تدفع[١] إليّ مائة، لم يعتق إلا بأدائها، وله ألا يقبل ذلك ويبقى رقيقًا، ذكرت أجل المال أم لا.

ولو قال: على أن تدفع إلى مائة إلى سنة: فقيل ذلك، ولم يقل: حر الساعة ولا أراده، لم يعتق إلّا بأداء عند الأجل، ويتلوم له عند محله، فإن عجز رق.

وقوله: إن أتيتنى بكذا إلى أجل كذا، فأنت حر من القطاعة وناحية الكتابة، ويتلوم له، وليس له بيعه.

وإن قال: إن أديت[٢] إلى مائة إلى سنة فأنت حرة، فما ولدت فى هذه المدة بمنزلتها إن أدت[٣] عتقت وعتق، وكذلك إن لم يضرب أجلا فولدت، ثم أدت؛ لأن كل ذات رحم فولدها بمنزلتها، إلا ولد الأمة من سيدها، وكل شرط كان فى أمة فما ولدت بعده وكانت حاملًا به يوم الشرط فهو بمنزلتها فى ذلك.

وكذلك: أنت حرة إن لم أفعل كذا، إلى أجل كذا، فتلد قبل الأجل ؛ يمتنع بيعها وبيع ولدها و [إن][٤] لم يؤد، لا يتلوم له.

فى التنبيهات: هذه المسائل الخمس[٥]: «أنت حر وعليك كذا»، «أنت حر على أن عليك كذا»، «أنت حر على أن تدفع إلى كذا»، «أنت حر على أن تؤدى إلى كذا»، الخامسة: «أنت حر إن أديت إلى كذا، أو دفعته، أو إذا أديته، أو جئت به، أو أعطيته، أو متى جئت به، أو أديته» - فمعظم الشراح والمختصرين: أن مذهب مالك فى هذه الخمس: أنها[٦] ثلاثة، لها ثلاثة أجوبة، ترجع إلى جوابين فى الحقيقة.

الأول: «عليك»، و «على أن عليك» هما سواء، يعتق على هذا وإن كره.

الثانية: «أنت حر على أن تدفع إلى كذا»، لا يعتق حتى يدفع[٧]؛ لأنه لم يبتل عتقه إلا بعد الدفع، ولم يختلف المذهب: أنه بالخيار فى القبول؛ لأنها كتابة،

---

(١) فى ط: يدفع.
(٢) فى ط: وديت.
(٣) فى ط: ردت.
(٤) سقط فى ط.
(٥) فى ط: خمس.
(٦) فى ط: أنه.
(٧) فى ط: تدفع.

وكذلك ينبغى على مذهبه أن يكون مثله: على أن تؤدى إلى، أو تعطينى أو تجىء.

الثالثة: «إن أديت إلى»، أو «إذا» أو «متى»، فهو شرط لا يعتق إلّا بالأداء[1]، غير أنه نوع من القطاعة والكتابة؛ ولهذا منعوه من البيع حتى يتلوم له الإمام، فيؤدى أو يعجز، وهو [فى الحقيقة][2] يرجع إلى الجواب فى قوله: «على أن تدفع»[3] إلى، أو على أن تؤدى، هذا مذهب مالك.

ومذهب ابن القاسم -عند الجمهور-: أنها أربعة، لها أربعة أجوبة، يوافق مالكًا منها فى الفصل الثالث والرابع من الخمسة المذكورة، ويخالفه فى الآخرين، فيلزمه العتق فى قوله: «وعليك»، ولا يلزمه المال إذا كان بغير رضا العبد، وإلّا لزمه، وأما: «على، أن عليك»، فلا يلزمه مال ولا عتق إلا برضا العبد.

وقيل: هى ثلاثة مسائل عند ابن القاسم، لها ثلاثة أجوبة، وكل جواب قولان:

الأولى: «وعليك»، له قولان، ما تقدم عنه، وله قول موافق لمالك.

الثانية: «على أن عليك»، أو «على أن تدفع بهذا»، أن عند هذا القائل مسألة واحدة لابن القاسم فيها قولان، فقال فى: «على أن عليك» ما تقدم، وفى: «على أن تدفع»، يخير العبد، كقول مالك.

الثالثة: «على أن تودى إلى»، فلا يعتق إلا بالأداء اتفاقًا، وله ألا يقبل، وتذكر الخلاف مفصلًا فتقول:

المسألة الأولى: «أنت حر»، و «عليك»، «ورضى العبد»، فيها ثلاثة أقوال: قول مالك: إلزام السيد العتق معجلًا، والعبد المال إن كان موسرًا، وإلا بقى دينًا، ومشهور ابن القاسم: إلزام العتق، وإسقاط المال.

وقال عبد الملك: الخيار للعبد.

المسألة الثانية: «أنت حر على أن عليك»، فيها أربعة أقوال: إلزام العتق والمال، يخير العبد ولا يعتق إلّا بالأداء، لابن القاسم.

إجبار العبد، ولا يعتق حتى يدفع لأصبغ.

---

(١) فى ط: بالداء.

(٢) فى ط: بالحقيقة.

(٣) فى ط: يدفع.

المسألة الثالثة: «أنت حر على أن تدفع إلى»، ثلاثة أقوال: يخير العبد فإن قبل فلا يعتق إلّا بالأداء لمالك وابن القاسم، ويخير العبد فى الرضا بالعتق معجلًا، ويلتزم المال دينًا، ويرد؛ فيرق لابن القاسم، واختار العبد على المال؛ بناء على إجباره على الكتابة.

المسألة الرابعة: «على أن تؤدى[1] إلى»، فلا يعتق الّا بالأداء، وله الرد.

المسألة الخامسة: «إن أديت»، أو «أعطيت» أو[2] «جئتنى»، فظاهره أنه مثل: «على أن تدفع»[3]، و «على أن تؤدى»[4]، فلا يلزم العتق إلّا برضاه ودفعه، وله الرد.

قال ابن يونس: «أنت حر، وعليك ألف»، اتباعه بالمال عند مالك، وهو قول أصحابه وأهل المدينة، وكأنه باعه نفسه وهو كاره فيلزمه، كما يزوجه كارهًا، وينتزع ماله كارهًا، وكما يلزمه ذلك بغير حرية.

وابن القاسم يرى أنه من باب الاستسعاء بعد الحرية.

وملخص قول مالك وابن القاسم فى قول: «أنت حر الساعة، وعليك»، أو «على أن عليك مائة»، أو «على أن تدفع» - يعتق الساعة، ويدفع وإن كره، وكذلك إذا لم يقل: «الساعة»، وأما «على أن تدفع» فهو بالخيار، ولا يعتق إلّا بالدفع؛ لأنه جعل له دفعًا وكسبًا، واختيار الخلاف، و «عليك» إلزام بغير اختيار.

قال اللخمى: إذا قبل العبد العتق فى قوله: «أنت حر على أن تدفع إلى»، حيل بين السيد ومال العبد وخراجه.

وقال عبد الملك فى: «إن جئتنى بمائة إلى سنة»، له بيعه إلا أن يقيم بيده حتى يأتى بالمائة.

وفى المنتقى: إن اشترط[5] عليه عملًا، نحو: «أنت حر على أن تخدمنى سنة»، قال ابن القاسم: ذلك عليه إن كان قبل العتق، ولا يلزمه إن كان بعده، و «أنت حر

---

(١) فى ط: يؤدى.
(٢) فى ط: و.
(٣) فى ط: يدفع.
(٤) فى ط: يؤدى.
(٥) فى ط: اشراط.

على ألا تفارقنى»، قال محمد: لا يلزمه؛ لأنه اشترط شيئًا من الرق بعد العتق، فينفذ العتق ويبطل الشرط؛ لأن العتق مبنى على التغليب والسراية والعمل، بخلاف[1] المال؛ لأن المال فى الذمة ليس من أحكام الرق؛ لأن الديون على الأحرار أكثر من العبيد.

وإن قال لها: «أنت حرة على أن تسلمى»، قال أصبغ: إن امتنعت لا عتق لها، كقوله: «إن شئت»، وليس كقوله: «أنت حرة على أن تنكحى فلانًا»، فتمتنع فيمضى العتق.

والفرق: أنها إن رضيت بنفس العتق تكون مسلمة، كقوله: «على، أن عليك مائة»، والنكاح اشتراط عمل بعد العتق؛ لأنه يطول.

السادس والعشرون: فى الكتاب: إذا قال: أعتقته أمس على مال، وقال العبد: على غير مال – صدق العبد مع يمينه كالزوجة؛ لأن الأصل: براءة الذمة.

وقال أشهب: يصدق السيد مع يمينه؛ لأنه [لو][2] قال: «أنت حر وعليك مائة»، لزمه، بخلاف قوله للمرأة: «أنت طالق، وعليك مائة»، يلزم الطلاق دون المال، وإن أقر أن شريكه أعتق نصيبه: فإن كان المشهود عليه موسرًا أعتق نصيب الشاهد، لإقراره أنه لم يبق له إلا القيمة، أو معسرًا، لم يعتق من العبد شىء.

وقال أشهب: ذلك سواء؛ لأنها شهادة لنفسه بالقيمة؛ فلا يعتق شىء؛ لأنه لا يعتق حصة شريكه إلّا بتقويم ودفع القيمة، وقاله سحنون، وهو أجود، وعليه جميع الرواة.

قال اللخمى: العتق[3] على ثلاثة أوجه: إن كان مع غيبة العبد، صدق السيد؛ لتعذر إنكاره[4]، أو بحضرته فهو موضع الخلاف: إن ادعى أنه قال: «أنت حر على أن عليك...»، أما إن قال: «أعتقتك وجعلت عليك مائة بمراضاة منك»، فيترجح قول العبد: لم أرض بشىء؛ لأن الأصل: عدم الرضا، ويصدق السيد؛ لأن الأصل: بقاء ملكه، ولا يخرج إلّا بعوض.

---

(١) فى ط: لخلاف.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: المعتق.
(٤) فى ط: المكارة.

قاعدة: إذا دار الملك بين أن يبطل بالكلية، أو من وجه، فالثانى أولى؛ لأنه أقرب لبقاء الملك، ولها صور.

أحدها: إذا أكل المضطر الطعام، ووجبت إزالة ملكه عنه[١] للضرورة، فهل [يأكل][٢] بغير عوض وهو سقوط بالكلية، أو بعوض وهو السقوط من وجه؟ وإذا أدى مالًا عنه ونازعه فى التبرع به، صدق فى عدم التبرع؛ لأنه إسقاط للملك من وجه، وتصديق العبد، إسقاط له من كل وجه.

السابع والعشرون: فى المقدمات: إن قال: أنت سائبة، قال ابن القاسم: إن أراد به العتق، فهو حر، وولاؤه لجميع المسلمين، وهو مكروه؛ لنهية ﷺ عن بيع الولاء وهبته[٣]، ولم يكرهه أصبغ، كعتق عبده عن زيد، ويعتق، أراد الحرية أم لا؛ لصراحته فى العتق.

وقال عبد الملك: يحرم عتق السائبة؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٖ وَلَا سَآئِبَةٖ﴾ [المائدة: ١٠٣] أى: لم يشرع، فإن فعل فالولاء له إن عرف، فإن ما بقى منه إن كان له مال.

وفى الكتاب: إذا أعتق الملىء شقصًا له فى عبد، فليس لشريكه التمسك بنصيبه، ولا عتقه إلى أجل، إنما له أن يبتله أو يقوم على شريكه، فإن أعتق حصته إلى أجل، أو دبره، أو كاتبه، رد ذلك إلى التقويم، إلا أن يبتله.

قال غيره: إن كان الأول مليًا بقيمة نصف نصيب المعتق إلى أجل، قوم ذلك عليه، ويبقى ربع العبد معتقًا.

وقال غيره: إن كان الأول مليا وأعتق الثانى إلى أجل فقد ترك التقويم، ويعجل عليه العتق الذى ألزم نفسه، واستثنى من الرق ما ليس له.

وقال (ش) قولين:

أحدهما: أن الموسر يلزمه أن يؤدى قيمة العبد، فإذا أدى عتق، فاللفظ واجب الأداء، وبالأداء عتق. وهو ظاهر قول مالك.

---

(١) فى ط: عند.

(٢) سقط فى ط.

(٣) أخرجه البخارى (٥/ ١٦٧) فى العتق: باب بيع الولاء وهبته (٢٥٣٥)، ومسلم (٢/ ١١٤٥) فى العتق: باب النهى عن بيع الولاء وهبته (١٦/ ١٥٠٦).

والثانى: يعتق بالسراية، وتكون القيمة فى ذمة الشريك، وقاله ابن حنبل.

وقال (ح): يتخير شريك الموسر بين ثلاث: بين أن يعتق نصيبه، أو يقوم على شريكه الموسر، أو يستسعى العبد فى قيمته، فإذا أداها عتق، ويتخير مع العسر بين[1] العتق والاستسعاء.

وقال صاحباه: العتق يقع جزمًا وإن كان موسرًا؛ إذ القيمة والاستسعاء للعبد.

لنا فى بطلان الاستسعاء: ما تقدم من قول النبى ﷺ، «. . . وَإِلا فَقَدْ عَتَقَ[2] مِنْهُ مَا عَتَقَ»، وما فى الصحيح: أن رجلًا أعتق ستة أعبد لا مال له غيرهم، فدعاهم رسول الله ﷺ، فأقرع بينهم؛ فأعتق اثنين وأرق أربعة[3]؛ فلم يلزمهم الاستسعاء، و (ح) يعتق من كل واحد بعضه، ويستسعيه فى الباقى.

ولأنه لا يجريه[4] على الكتابة، فنقيس عليها[5]؛ لأنها عتق بعوض.

ولأنه لو أوصى المريض بعتق عبده ولا مال له غيره، عتق ثلثه واستسعى فى الباقى، فيؤدى إلى تقديم حق الموصى له على حق الوارث، مع أن الوارث مقدم فيما عدا الثلث.

احتجوا بما خرجه البخارى وغيره أن النبى ﷺ قال: «أَيُّمَا عَبْدٍ كَانَ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا قُوِّمَ عَلَيْهِ، وَإِلَّا اسْتُسْعِيَ العَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ»[6].

وجوابه: قال صاحب الاستذكار: روى الحديث جماعة، والحفاظ منهم لم يذكروا السعاية؛ فضعف نقلها.

قال صاحب القبس: «وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ» فى الحديث الأول، «وَإِلَّا اسْتُسْعِيَ العَبْدُ» من كلام الراوى فتيا من قبل نفسه[7] قاله علماء الحديث، سلمناه،

---

(١) فى ط: فى.

(٢) فى ط: أعتق.

(٣) أخرجه مسلم (٥٦/١٦٦٨)، وأحمد (٤/٤٢٦)، وأبو داود (٣٩٥٨)،(٣٩٥٩) وابن ماجه (٢٣٤٥)، والترمذى (١٣٦٤) عن عمران بن حصين.

(٤) فى ط: يجزيه.

(٥) فى ط: عليه.

(٦) أخرجه البخارى (٢٥٢١) وغيره، ومسلم (٥٠/١٥٠١)، وأبو داود (٣٩٤٧) والحميدى (٦٧٠) وأحمد (٢/١١) من طريق سالم بن عبد الله عن أبيه.

وله شاهد أخرجه البخارى (٢٥٠٤)، ومسلم (٥٤/١٥٠٣).

لكن ليس فى اللفظ ما يقتضى[1] الجبر على ذلك، فيحمل على أنه برضا العبد والسيد على سبيل الندب؛ لأنه توسل للعتق، ويؤكده قوله: «غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ»، وهو يدل على الاختيار وعدم الجبر، وإلّا حصلت المشقة، أو يحمل على إثبات السعى للسيد فى يوم الرق؛ لئلا يظن السيد أنّ استخدام العبد بعد ذلك يمتنع؛ لمشاركة الحرية، وقاسوه عل الكتابة على القول بالجبر عليها.

والفرق: أن ههنا حصلت جناية من المعتق، فأصل التعلق به لجناية، فقد وجد المزاحم فسقط الإجبار على العبد لتعين الغير، بخلاف الكتابة.

ولنا على عدم العتق بالسراية حتى يقوم: ما فى الحديث المتقدم: «وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَهُ فَهُوَ عَتِيقٌ»، والفاء للترتيب؛ فدل على أن العتق إنما يكون بعد تحقق ذلك بالكشف والتقويم، وفى الأحاديث: «إِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ عَدْلٍ، وَلَا لَبْسَ وَلَا شَطَطَ، ثُمَّ يُعْطِى صَاحِبَهُ، ثُمَّ يُعْتِقُ»[2].

وهو يدل أن العتق يتوقف[3] على تسليم القيمة؛ لأن «ثم» للتراخى.

ولأن التقويم يدل على أن المقوم مال لأحد.

احتجوا بأن التقويم يعتمد الإتلاف؛ فدل على أنه تلف بالعتق.

ولأنه يروى: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِى عَبْدٍ فَهُوَ حُرٌّ لَهُ»[4].

والجواب عن الأول: قد يكون التقويم فيما هو فى حكم التالف كما إذا غصب عبدًا فأبق منه؛ فإنا نقومه عليه، وهذا فى حكم التالف بتفريق الخدمة ونقصان الثمن بقلة الرغبات فيه.

ولأنه لإزالة الضرر عن الشريك؛ فلا يزول إلا بعد قبض المال كالشفعة.

ولأنه لو أعتق نصيب شريكه ابتداء لم يعتق منه شىء؛ فدل على أن النصيبين كالعبدين، ولو أعتق أحد العبدين لم يعتق الآخر.

---

(١) فى ط: بنفسه.
(٢) فى ط: يقضى.
(٣) تقدم
(٤) فى ط: توقف.
(٥) أخرجه النسائى فى الكبرى، كما فى التحفة (٦/٩٨)، وابن حبان (موارد-١٢١١)، والبيهقى فى السنن الكبرى (١٠/٢٧٦) من طريق نافع عن ابن عمر ومن طريق عطاء عن جابر، وأصله فى الصحيح عن ابن عمر.

وعن الثاني: أنه يتعين أنه آيل إلى العتق كله بالتقويم؛ جمعًا بينه وبين ما ذكرناه.

تفريع: في التلقين: لا يجوز تبعيض العتق ابتداء، ومن بعض العتق باختياره أو بسببه[1] لزمه تكميله، كان باقي المعتق له أو لغيره.

ويريد بسببه: شراء حر من[2] يعتق عليه أو يقبله في هبة، أو صدقة، أو وصية، أو نكاح.

وفي الكتاب: يقوم النصيب يوم القضاء، و [لا][3] يعتق على المعسر غير حصته، وإن كان مليًا ببعضها قوم ذلك عليه، ويباع عليه في شوار بيته، والكسوة ذات البال، دون ما لا بد منه، وعيشه[4] الأيام.

فإن كان مليًا وأعتق الآخر نصف نصيبه عتق باقي حصته عليه؛ لأنه قد أتلف نصيبه بعتقه لبعضه، ولا يقوم على الأول إذا قيم عليه، والعبد غير تالف، فلو مات قبل التقويم لم يلزمه شيء؛ لأنه مات على ملك سيده، وإن مات المعتق لنصف نصيبه قبل أن يعتق عليه ما بقي بقيمته[5] على المعتق الأول:

قال ابن يونس: إذا لم ينظر في أمره حتى أيس قوم عليه؛ لأن العبرة بحال الحكم لا بواقعة[6] الرفع إلى الحاكم.

وأجمع أصحابنا أنه بتقويم الإمام حر يتعين[7] إحداث حكم؛ لأنه الوارد في الحديث، وكذلك لو دبره[8] فقوم عليه لشريكه.

وأنكر على عبد الملك: أنه لا يكون مدبرًا إلّا بالحكم.

وقالوا: إن أعتق بعض عبده لا يعتق إلّا بالحكم؛ لأن الأول وارد في لفظ الحديث، فرتب[9] فيه العتق على التقويم، ولتعين ضرر الشريك، وههنا لم يضر

(١) في ط: لسببه.
(٢) في ط: ممن.
(٣) سقط في ط.
(٤) في ط: وعشرة.
(٥) في ط: بقيمة.
(٦) في ط: يوقعه.
(٧) في ط: بغير.
(٨) في ط: دبر.
(٩) في ط: قريب.

نفسه، وفى العتق بالمسألة قولان، وعتق القرابة بمجرد الملك.

قال سحنون: وإن [لم][١] يكن للمعتق مال ظاهر، سئل عنه جيرانه ومن يعرفه، فإن لم يعلموا له مالًا أحلف ولا يسجن، وإن كان للعبد يجبر بدفع قيمته بموضعه، ولا يجلب إلى غيره.

وإن قال: هو سارق وشريكى يعلم ذلك، وأقر به قوم سارقًا، أو أنكر، فلا يمين له عليه، ويقوم سليمًا، إلا أن تقوم بينة أوشاهد.

قال أشهب: يحلف معه، فإن نكل أحلف شريكه، فإن كان الشاهد غير عدل لم يحلف معه، وتوجهت اليمين على شريكه.

وقال محمد: غير العدل لا يوجب شيئًا.

قال اللخمى: لو تراضى الشريك والعبد بترك التقويم لم يصح، لحق الله -تعالى- فى العتق، والملك[٢] فى عتق المقوم، هل بنفس العتق[٣] الأول أو بعد الحكم.

قال: والأحسن ألا يكون إلا بعد الحكم؛ لقوله ﷺ: «قُوِّمَ عَلَيْهِ وَأُعْتِقَ»[٤] فهو أمر بإيقاع العتق، والأصل: بقاء الرق حتى يتيقن زواله، فإن لم ينظر فيه حتى جرح[٥] أو قذف فهو على أحكام العبيد، وقيل: إنه بنفس التقويم يعتق، وهو وهم؛ لأن التقويم يحصل حق الشريك ويبقى حق الله تعالى يفتقر الى حكم يحققه[٦]، وإذا قوم على الشريك صار له كله، والمعروف من المذهب إذا كان كله لا يعتق إلّا بعد الحكم.

وإذا اختار المتمسك أن يعتق، ثم انتقل للتقويم، لم يكن له ذلك إلا إذا رضى شريكه؛ لأنه أسقط حقه عنه، فإن اختار التقويم، ثم انتقل للعتق، قيل له: ليس لك ذلك لتعين الولاء لغيرك[٧].

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: وللملك.
(٣) فى ط: المعتق.
(٤) تقدم.
(٥) فى ط: خرج.
(٦) فى ط: تحققه.
(٧) فى ط: لغيره.

وقال ابن حبيب: له؛ لأنه أولى بالتقويم[١] لملكه، وقاله ابن القاسم ومحمد.

قال محمد: ويقوم على أنه لا عتق فيه؛ لأنه كذلك عينه ويقوم [و] لم يسو القيمة يوم الحكم على أن نصفه حر؛ لأنه أذن في العيب، ولا شيء له إن كان معسرًا، ولو تأخر الاستكمال حتى تغير[٢] سوقه، فلمن لم يعتق قيمة عيب العتق يوم أعتق، وقيمة[٣] النصف معيبًا[٤] يوم الحكم، فإن مات العبد قبل الاستكمال، أو أراد الشريك العتق و[٥] المعتق معسرًا - بيع بقيمة العيب فى ذمته، فإن رضى الشريك بالتقويم مع العسرر ليكمل العتق: قال محمد: ذلك له؛ لأن تأخير أخذ القيمة بسبب الإعسار حق له، وقيل: ولا يشغل ذمة شريكه بغير رضاه، والحديث لم يرد فيه.

قال: وهو أحسن، وإذا أعسر، ثم أيسر، أو قال: كنت معسرًا، أو علم أن الذى فى يده فائدة، لكان القول قوله فى الاستكمال؛ لأن هذه فائدة، والحديث: «مَنْ أَعْتَقَ وَلَهُ مَالٌ»، ولا يقوم عليه إذا شك هل كان له مال أم لا؟

والقيمة: أصلها الحلول كسائر قيم المتلفات، فإن تراضيا بالتأجيل امتنع؛ لأنه ربًا وفسخ دين فى دين، وإن تراضيا بالتأجيل مع العسر جاز؛ لأنه بيع باختيار.

وفى الجواهر: يترك للمقوم عليه عيشة الأيام وكسوة ظهره، كما فى الديون.

وقال أشهب: لا يترك له إلّا ما يواريه لصلاته.

وقال عبد الملك: يترك له ما لا يباع على المفلس، وإن كان عليه دين بقدر ماله فهو معسر، ويقوم كاملًا لا عتق فيه.

وقيل: على أن نصفه حر.

وعلى الأول اتفاق الأصحاب، ويقوم بصنعته وماله وما حدث له من ولد بعد العتق أو مال، وتقوم الأمة بولدها ومالها.

ولو تقاوم الشريكان العبد والأمة فبلغاه أضعاف ثمنه، فأعتقه أحدهما.

---

(١) فى ط: بالتقريب.
(٢) فى ط: بغير.
(٣) فى ط: وقيم.
(٤) فى ط: معينًا.
(٥) فى ط: أو.

قال ابن القاسم: نزلت بالمدينة بين رجل وامرأته فاستحسن مالك أن ينادى عليه، فإن زادت عليها، وإلّا لزمه الزوج، فلو [تعيب قبل التقويم قوم بعيبه][(١)].

قال صاحب المنتقى: فى تحليفه إذا لم يوجد له مال - قولان: التحليف كالمفلس؛ للتهمة.

وعدمه؛ لأنها يمين لو نكل عنها لم يستحق بها شيئا.

والأول عليه الجمهور.

فإن كان له مدبرون، أو معتق إلى أجل، فلا حكم لهم فى القيمة، وتقوم ديته على مال حاضر، وأمد قريب، ويتبع فى ذمته دون أسير أو على غائب؛ قاله عبد الملك.

وفى الموازية: شطر ديته، ويمنع شريكه من البيع، وشطر فيه، وإن كان ماله يبلغ بعض الحصة فروى القاضى أبو محمد: يعتق ذلك فيبقى الباقى رقا لمالكه، وقاله سحنون إلّا فى التافه.

قاعدة: حق الله تعالى: أمره ونهيه، وحقوق العباد: مصالحهم: فقد تنفرد، كالأيمان[(٢)] حق لله تعالى، والقيم والأثمان[(٣)] حقوق للعباد[(٤)]، وقد تجتمع، ويغلب حق الله إجماعا فلا يتمكن العبد من الإسقاط كالسرقة، وقد يغلب حق العبد إجماعًا كالدين، وما من حق للعبد إلّا وفيه حق لله تعالى، وهو أمره بإيصال ذلك الحق.

وقد يختلف العلماء أيهما يغلب كالحد فى القذف، فمن غلب حق الله تعالى منع العفو أو حق الآدمى جوزه.

والعتق اجتمع فيه حق الشريك بنقص[(٥)] ماله بعيب العتق، وحق العبد بتخليصه؛ لاكتسابه، وطاعة ربه، وحق الله تعالى فى إزالة الوصمة[(٦)] عن ابن آدم المكرم من خالقه، وتوجه تكاليفه عليه، وحق الله تعالى فيه مغلب.

---

(١) فى ط: بقيت قبل التقويم قوم بعينه.
(٢) فى ط: فالأيمان.
(٣) فى ط: والأيمان.
(٤) فى ط: العباد.
(٥) فى ط: فتنقيص.
(٦) فى ط: الاصمة.

فرع: فى الكتاب: إذا أعتق المسلم نصيبه قوم عليه كان العبد مسلمًا أو ذميا؛ لحق الشريك والعبد.

أو أعتق الذمى حصته والعبد مسلم، قوم عليه؛ لأنها جناية منه، وأجبر على عتق جميعه؛ لأن الإسلام لا يعلوه الكفر، أو كافر لم يقوم؛ لأن الذمى لا يلزمه العتق، ولو أعتقه كله.

وقال غيره: تقوم عليه حصة المسلم؛ لأنه حكم بين مسلم وكافر.

قال ابن يونس: [هذا، إن أبان][1] النصرانى المعتق عن نفسه حتى لو أراد رده فى الرق لم يكن له ذلك جبر المسلم على أن يقومه عليه ويكمل عتقه، وإلا فلا تقويم إلا أن يشاء المسلم.

ونصرانى بين نصرانيين لا تقويم فيه إلّا أن يرضوا بحكمنا[2].

أو بين حر وعبد فأعتق الحر حصته قوم عليه، أو العبد[3] فلا عتق له إلّا بإذن سيده، فيقوم على سيده، كان للعبد مال أم لا؛ لأن السيد هو المعتق فى المعنى.

قال سحنون: وتباع فى قيمته وقيمة العبد وغيرها من مال السيد.

قال محمد: وكذلك إن كان بغير إذنه فأجاز.

فرع: فى الكتاب: إذا وهبت لعبد نصفه، أو أخذت منه دنانير على عتق نصفه، أو على بيع نصفه من نفسه - عتق كله، وولاؤه لك، وإن أعتقت نصيبك من العبد المشترك على مال أخذته من العبد، وأردت[4] وجه العتاقة - عتق عليك كله، وغرمت حصة شريكك، ورددت المال إلى العبد؛ لأن من أعتق نصيبه من العبد المشترك واستثنى شيئًا من مال عتق كله، ورد ما استثنى للعبد.

وإن علم أنك أردت الكتابة فسخ ذلك، ويبقى العبد بينكما، وأعطيت نصف المال لشريكك.

وفى المنتقى: إذا وهبت العبد نصيبك[5] فيه: قال مالك: يقوم عليك؛ لاندراجه

---

(١) فى ط: هذان أبان.
(٢) فى ط: بحكمها.
(٣) فى ط: لعبد.
(٤) فى ط: ووردت.
(٥) فى ط: نفسك.

فى الحديث.

فرع: فى الكتاب: أعتق أحدكم نصيبه، ثم الآخر، وأنتما مليان لم يقوم [نصيب][1] الثالث إلّا على الأول؛ لأنه الذى أعاب العبد، فإن كان عديمًا لم يقوم على الثانى؛ لأنه لم يعبه، فإن أعتقتما معًا، قوم عليكما إن كنتما موسرين؛ لأنه ليس أحدكما أولى من الآخر، وإلا قوم على الملى منكما.

قال ابن يونس: جميع الأصحاب على عدم التقويم على الثانى إذا أعسر الأول إلا ابن نافع، قال: يقوم على الثانى إن كان مليًا؛ لأن الأول يقومه[2] فى حين العدم.

ولأنه لو امتنع المتمسك من التقويم فللعبد طلبه.

قال عبد الملك: إن أعتقا معًا ليس للمتمسك أن يقوم على أحدهما، وإن رضى المقوم عليه، ولو جاز ذلك جاز له بيعه من أجنبى على أن يعتقه.

وقال: إذا أعسر أحدهما، لا يلزم الملى إلا حصته إذا قوم عليهما؛ لأنهما ابتدأا الفساد معًا.

وعن مالك: إن كان لأحدكم نصفه، وللآخر ثلثه، وللآخر سدسه، فأعتق صاحبا[3] الثلث والسدس حصتهما معًا، فليقوم عليهما بقدر ملكهما كالشفعة فى اختلاف الأنصباء، فإن أعدم أحدهما فالجميع على الموسر، كما إذا أسلم أحد الشفعاء نصيبه لم يأخذ الآخر إلا الجميع، أو يسلم، وقاله المغيرة، ثم رجع للتقويم نصفين لو قتلاه[4].

وروى عن مالك شاذًا، وقاله (ش)، واتفقوا أن من عجز منهما عن بعض ذلك: أنه يتم على الآخر.

قال اللخمى: يقوم على الأول فى مسألة الكتاب، إلا أن يرضى الثانى بالتقويم عليه، ولا مقال للأول؛ لأن الاستكمال حق للعبد، لا حقه، وإذا جاز الاستكمال على المتمسك جاز على الأوسط.

تنبيه: قال (ش) و (ح): إذا أعتقاه[5] معًا يقوم عليهما نصفين.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: يقدمه.
(٣) فى ط: صاحب.
(٤) فى ط: قتلناه.
(٥) فى ط: أعتقا.

لنا: أنهما [تفاوتا فى إحداث][1] الضرر، فيتفاوتان فى التقويم.

احتجوا بقوله ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ...»[2] الحديث، وظاهره يقتضى تقويمه على كل واحد منهما، كما لو ادعاه الجميع كلاهما.

ولأنه لو انفرد كل واحد منهما عتق عليه الجميع، فقد استوى السدس والنصف.

ولأن الفرق بينه وبين الشفعة: أن هذا جناية، والمشتركان فى الجناية لا يشترط تساوى إتلافهما، بل أصل الاشتراك فى الفعل، والشفعة مال؛ فيعتبر قدر المالية؛ كاستحقاق كسب العبد.

والجواب عن الأول: أن الشفعة لو انفرد صاحب السدس أخذ الجميع، وعند الاجتماع يجب التفاوت.

وعن الثانى: ما تقدم فى الأول.

وعن الثالث: لا نسلم[3] أن العتق إتلاف، وإلّا لم أسقطت القيمة عن المعسر؟ بل يتبع فى الذمة، ثم إن الشريكين إذا أغرمناهما؛ لإزالة الضرر، فقد نفعناهما بثبوت الولاء لهما؛ فليس إتلافًا مطلقًا.

نظائر: قال أبو عمران: ثلاث مسائل تعتبر فيها الأنصباء دون الرءوس: التقويم فى العتق، والفطرة عن العبد، والشفعة.

وستة على الرءوس دون الأنصباء: أجرة القاسم، وكنس المراحيض، وحراسة أعدال المتاع، وبيوت الغلات، وأجرة السقى، وحارس الدابة والصيد لا يعتبر فيه كثرة الكلاب. زاد العبدى: كنس السواقى؛ فتكون سبعة.

فرع: فى الكتاب: لا يجوز لأحدكما مكاتبة نصيبه بغير إذن شريكه، أو بإذنه، لأنه غرر مع ضرر الشريك، وداعية إلى عتق البعض بغير تقويم.

وأما إن دبره بإذنه جاز، وبغير إذنه قوم عليه نصيب شريكه، ولزمه تدبير جميعه؛ لأنه يعيبه ولا يتقاوماه وكانت المقاومة[4] عند مالك ضعيفة؛ لأن الحكم تعين فى جهة المدبر والمقاومة تبطله، وتنقل[5] الولاء.

---

(١) فى ط: تقاوما فى الآجال.
(٢) تقدم.
(٣) فى ط: يسلم.
(٤) فى ط: المقاواة.
(٥) فى ط: ينقل.

فرع: فى الكتاب: إذا أعتق معسر، ثم قام عليه شريكه عند يسره: قال مالك: يقوم عليه.

ثم قال: إن كان يوم العتق يعلم الناس والعبد والمتمسك بالرق أنه إنما ترك القيام؛ لأنه لا يقوم عليه - [لا يقوم عليه](١)، وأما لو كان العبد غائبًا فلم يقم حتى أيسر؛ يقوم(٢) عليه، بخلاف الحاضر؛ لأن الغيبة مانعة.

وإن أعتق فى يسره، ثم قام(٣) عليه فى عسره، فلا يقوم عليه؛ لأن المعتبر فى التقويم حالة الحكم.

فإن أعتق فى يسره فقال الشريك: أقوم عليه، ثم قال: أعتق، لم يكن له إلا التقويم.

قال ابن يونس: قال محمد: لا يقوم الغائب ولا المفقود.

قال ابن القاسم: يقوم الغائب الذى يجوز فى اشتراط النقد، فيقوم إن عرف موضعه وصفته، ويفتقر التقويم لجواز البيع.

قال ابن حبيب: لا يقوم حتى يعرض على المتمسك، فإن أعتق فذلك له؛ لأنه أولى بنفع ملكه.

قال أشهب: إذا أعتق موسرًا فقلت: أقوم عليه، فلما قمت وجدته معدمًا، فهو عتيق عليه، وتتبعه(٤) بالقيمة؛ لأنك(٥) ضمنته فى وقت لك تضمينه، كمن أعتق وعليه دين عنده وفاء به.

وقال ابن القاسم: تأخذ نصف العبد لعسره.

قال اللخمى: التقويم يجب إذا كان المعتق والمال والعبد والشريك حضورًا، فإن غاب أحدهم غيبة قريبة أخر التقويم حتى يقدم المعتق أو العبد أو المال، ويكاتب الشريك الذى لم يعتق فيعتق، أو يقوم، ويمتنع الشريك من البيع، فإن وقع فالأحسن: عدم النقض.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: ليقوم.
(٣) فى ط: قيم.
(٤) فى ط: يتبعه.
(٥) فى ط: لأنه.

وإن غاب الشريك غيبة بعيدة قوم العبد، ولا مقال له إذا قدم فقال: أنا أعتق؛ لتقدم الحكم بالتقويم، وإن فلس المعتق بيع للغرماء، ولا يكمل العتق.

فرع: فى الكتاب: إذا دبر أحدهما جنينَ أمتهما تقاوماه(١) بعد الوضع، فإن أعتق الجنينَ أو دبره، وأعتق الآخر نصيبهَ من الجارية، قومت عليه، وبطل تدبير الآخر وعتقه للجنين.

فرع: فى الكتاب: إذا أعتق موسر، ثم باع الآخر نصيبه، نقض البيع وقوم، فإن كان المعتق معسرًا والعبد غائب، فباع المعسر حصته على الصفة، وتواضعا الثمن فقبضه المبتاع، وقدم به، والمعتق مليء، أو لم يقدم به، إلّا أن العبد علم موضعه، فخاصم فى موضعه، والمعتق قد أيسر، فإن البيع ينقض ويقوم على المعتق.

قال ابن يونس: يريد: كان بموضع قريب يجوز فيه النقد.

فرع: فى الكتاب: إن أعتق صحيح فلم يقوم عليه حتى مرض، قوم فى الثلث. وكذلك أعتق نصف عبده، قال غيره فيهما: لا يقوم؛ لأنه لا يدخل حكم الصحة فى حكم المرض.

قالا: وإن لم يعلم بذلك إلا بعد موته فلا تقويم، لأنه قال: المال والفلس كالموت.

قال ابن يونس: قال أصبغ: إذا أعتق فى صحته، ولم يعلم به حتى مرض، حكم الآن عليه بالتقويم، ويوقف المال لحياته أو موته، وينفذ الحكم عليه فى ذلك، فإن صح لزمته تلك القيمة، أو مات فمن الثلث، أو ما حمله الثلث، ويبدأ على الوصايا.

قال ابن عبد الحكم: لا يقوم فى المرض، ويوقف أبدًا، و(٢) إن أضر ذلك بشريكه حتى يموت، فيعتق ما بقى من ثلثه، أو يصح فمن رأس ماله، إلّا أن يعتق معه الشريك.

قال مالك: وإن لم يعلم بذلك إلا بعد الموت أو الفلس، لم يعتق منه إلّا ما عتق.

قال أشهب: إن مات بقرب ذلك قوم فى رأس المال؛ لأنه حق لشريكه لم يفرط

(١) فى ط: تقاوياه.
(٢) فى ط: أو.

فيه، وإن فرط لم يعتق فى ثلث ولا غيره، وقاله مالك.

قال سحنون: لا يقوم وإن مات بقرب ذلك.

وعن مالك: إن أعتق بعض عبده فى صحته، فلم يتم عليه حتى مات مكانه أو أفلس، لم يعتق منه إلا ما عتق.

قال سحنون: وهو قول أصحابنا جميعًا.

فرع: فى الكتاب: إذا أعتق المعسر؛ ورفع للإمام فلم يقوم لعسره، ثم أيسر فاشترى حصة[1] شريكه، لم يعتق عليه؛ لبطلان حق الشريك مع تقدم الحكم، ولو لم ينظر فى أمره بعد الرفع لقوم.

قال ابن يونس: أجمع أصحابنا أن معتق الشقص يكون العبد بتقويم الإمام عليه حرًا بغير إحداث حكم.

فرع: فى الكتاب: أعتق بعض عبده أو أم ولده عتق باقيهما؛ لأنه إذا استكمل عليه ملك غيره فأولى ملك نفسه، فإن فقد لم يعتق باقيه فى ماله، ووقف ما رق منه كماله إلى أمد لا يحيا إلى مثله فيكون لوارثه يومئذ، إلا أن يثبت وفاته قبل ذلك، فيكون لوارثه يوم يصح موته.

قال ابن يونس: وعن مالك: إن فقد بقرب العتق قوم عليه فى ماله الحاضر؛ لأنه يتهم فى الفرار، وإن تباعد لم يقوم عليه؛ لقيام الشك فى حياته.

وقال محمد: يتلوم فى المفقود بأجل يختبر فيه حاله، فإن لم يظهر مكن المستمسك من حصته للبيع أو غيره، فإن جاء أو علمت حياته وله مال حاضر، نقض البيع وقوم عليه، ولو فقد العبد، أو كان غائبًا يعلم مكانه لم يغرم إلّا بحضرته، بخلاف بيع الغائب على الصفة؛ لأن ذلك لا يجوز النقد فيه، وعتق هذه على الصفة إنما هو على النقد لا بد منه؛ لأن عتقه كالقبض فلا يعتق أبدًا إلّا بدفع القيمة، وإن فقد المتمسك بالرق والعبد والمعتق حاضران، قال محمد: لا يضر فقده وقوم وضمت قيمته مع سائر المفقود.

فرع فى الكتاب: إذا أعتق المريض بعض عبده أو نصيبه من عبده، وماله مأمون، عتق عليه الآن جميعه، وقوم نصيب شريكه؛ لوجود سبب ذلك، أو غير مأمون لم

---

(١) فى ط: حصته.

يعتق عليه نصيبه ونصيب شريكه إلّا بعد موته، فيعتق عليه نصيبه[١] فى ثلثه، ويقوم نصيب شريكه؛ لأنه لا يعلم خروجه من الثلث، وإن لم يحمله الثلث عتق مبلغه ورق ما بقى، فإن عاش لزمه عتق نصيبه؛ ليبين زوال الحجر.

ولو أوصى المريض بعتق نصيبه بعد الموت، لم يقوم عليه نصيب شريكه، وماله مأمون أو غير مأمون؛ لانتقال المال للوارث وهو لم يعتق، ولأن بتل عبده فى مرضه وماله مأمون عجل عتقه، أو غير مأمون وهو يخرج من ثلثه وقف عتقه حتى يقوم بعد الموت فى الثلث.

وما المال المأمون إلا العقار والأرض والنخل.

وعن مالك فى المبتل فى المرض قول ثان: أنه عبد حتى يعتق بعد الموت فى الثلث؛ لأنه يجرى مجرى الوصايا، وهى ما تعتبر بعد الموت، ثم رجع عنه إلى ما تقدم.

فى التنبيهات: عن مالك قول ثالث: إذا بتل شقصه فى مرضه يقوم عليه، له مال مأمون أم لا.

وظاهره: يقوم عليه الآن، ولا يعتق إلا بعد الموت.

وعنه قول رابع: لا يعتق عليه إن مات إلّا شقصه فقط، إلّا أن يصح فيقوم، إلّا أن يكون له مال مأمون فيقوم.

وخامس: يخير الشريك بين التقويم وقبض الثمن، ويبقى كله للمعتق موقوفا، فإن مات عتق عليه فى ثلثه، أو ما حمله، ويرق الباقى للوارث، وإن شاء تمسك[٢] الشريك حتى يموت شريكه فيقوم فى ثلثه.

قال اللخمى: إن كان المرض بفور العتق ففى الاستكمال ثلاثة أقوال:

فعن مالك: من رأس المال أعتق بعض عبده أو نصيبًا من عبد مشترك.

ومن رأس المال عند أشهب فى المشترك دون ما هو جميعه له.

ولا فى رأس المال ولا ثلث، قاله المغيرة[٣] فى المدونة. و [إذا][٤] أعتق شقصًا

---

(١) فى ط: جميعه.
(٢) فى ط: تماسك.
(٣) فى ط: الغير.
(٤) سقط فى ط.

منه فى مرضه كما عليه، ويبقى الأمر موقوفا إن صح فمن رأس المال، أو مات ففى الثلث.

قال عبد الملك: إذا أعتق نصيبه فى مرضه بتلًا، لا يقوم عليه حتى يصح، وإن مات لم يقوم عليه، وإن حمله الثلث؛ لأن التقويم لا يلزم إلّا فيما يفضى إلى حرية ناجزة أو أجل قريب لا يرده دين، وهذا يرده الدين، إلّا أن تكون أموالًا مأمونة، فيقوم حينئذ، ويعجل العتق.

وإن أوصى بعتق بعض عبده بعد الموت، قال مالك: لا يقوم؛ لانتقال المال للوارث، ولو أعتقه الآن وأوصى بتكميله لزم شريكه وإن أبى الآن التكميل.

وفى الجلاب قول: أنه يكمل عليه فى ثلثه وإن لم يوص به.

فرع فى الكتاب: إذا لم يقوم حتى مات العبد عن مال فهو للمتمسك فلا رق؛ لأنه رقيق، ولا يقوم بعد العتق؛ لأنه لا يقبل القيمة، فإن كانا اثنين فالمال بينهما بقدر ملكهما فيه.

قال يونس: قال مالك: إذا أعتق أحدهم وكاتب الثانى وتمسك[1] الثالث بالرق، فمات العبد، فماله بين المتمسك والمكاتب، ويرد ما أخذ من الكتابة؛ لأنه رقيق لهما.

قال ابن القاسم: إن أعتق أحدهما معسرًا فولد للعبد من أمته ولد فهو بمنزلته: نصفه حر، ونصف للمالك نصف أبيه، فإن أعتق المتمسك حصته من الولد، ثم مات الولد عن مال لم يعتق أبوه، فولاؤه وماله بين الشريكين.

وفى كتاب ابن سحنون: لو أعتق العبد المعتق نصفه عبدًا بإذن مالك نصفه، فماَت العبد عن مال، فماله بين السيدين دون العبد الذى نصفه حر.

وعن ابن القاسم: أنه للمتمسك بالرق خاصة.

فرع فى الكتاب: إذا أعتق نصيبه إلى أجل: قوم عليه الآن، ولا يعتق حتى يحل الأجل؛ لأنه مقتضى لفظه.

قال غيره: إن شاء تعجل القيمة أو أخرها، وإن مات العبد عن مال أو قتل، فقيمته وماله بينهما؛ لأن عتق النصف لا يتم حتى يمضى الأجل.

---

(١) فى ط: تماسك.

وإن أعتقت جنين أمة بينكما موسرًا قوم عليك بعد الوضع، وإن جنى عليه فألقى ميتًا: ففيه ما فى جنين الأمة، وهو بينكما دون إخوته الأحرار؛ لأنه رقيق قبل الوضع.

قال اللخمى: إذا أعتق إلى أجل، ولم يوجد له الآن شىء، فللشريك البيع وغيره.

قال ابن سحنون: ولو قيل: لا يقوم إلّا عند الأجل لم أعبه إن قرب الأجل أو بعد، وعن مالك: يخير المتمسك فى التقويم أو التمسك[1] إلى الأجل فإذا حل كان كمن ابتدأ عتقًا يعمل فيه بسنة التقويم.

وقال عبد الملك: يخير بين التقويم الساعة، ويأخذ القيمة للضرر الذى أدخل كله، ويعتق كله إلى الأجل بالحكم، أو يتمسك[2] تغليبًا لحقه؛ لعدم تعين العتق بموت المعتق قبل الأجل تغليبًا لحقه، ولا يبيع قبل الأجل إلّا من المعتق؛ لأن بيعه من غير عذر، وإن أتى الأجل وهو موسر فله القيمة، أو معسر أخذ نصف العبد، ولو أعتق الأول إلى سنة، والثانى إلى ستة أشهر، لم يقوم على واحد منهما؛ لاستوائهما فى العتق كما لو بتلا، فإن أعتق الثانى إلى سنتين: فعلى التقويم الآن وعدم الخيار خير الثانى فى إسقاط السنة الزائدة؛ فيصير عتقه إلى أجل صاحبه، وإلّا رد عتقه، وعلى القول بالخيار بين تعجيل التقويم وتأخيره إلى السنة: لا يؤخر إلى حلولها، فإن حلت - والأول معسر - نفذ عتق الثانى إلى السنتين، أو موسر: خير حيتئذ بين إسقاط السنة أو يقوم على الأول.

وإن أعتق الأول إلى سنة، والثانى إلى موت فلان، وقف الأمر: فإن مات فلان عتق نصيب الثانى، ويقف عتق الأول[3] إلى تمام السنة، أو انقضت[4] السنة قبل موته ؛ [فإما أن يعجل][5] الثانى عتقه أو يقوم على الأول.

وإن أعتق الأول إلى موت فلان، والثانى إلى سنة، مضى العتاق الآن على شرطهما، فإن مات فلان قبل السنة: فإما أن يعجل الثانى عتق نصيبه أو يقوم، أو

---

(١) فى ط: التماسك.
(٢) فى ط: يتماسك.
(٣) فى ط: الثانى.
(٤) فى ط: نقصت.
(٥) فى ط: فأما إن تعجل.

انقضت السنة قبل عتق نصيب الثانى، بقى الأول إلى موت فلان، وإنما يراعى فى هذا يسر الأول وعسره عند ذهاب العتق فى نصيبه قبل نفاذ عتق الثانى دون حاله يوم العتق.

فإن أعتق الأول إلى موت زيد، والثانى إلى موت عمرو، ومات عمرو - عتق ما علق عليه، وبقى الآخر حتى يموت زيد، وإن مات زيد الأول عتق نصيب الأول، والثانى إما أن يعجل عتق نصيبه أو يقوم.

فإن أعتق أحدهما إلى موت نفسه والآخر إلى موت فلان، فمات فلان أعتق نصيب من علق العتق بموته، ثم ينظر: فإن كان المشترط بموته [أولا، قبل للآخر][1] إما أن تعجل عتق نصيبك أو يقوم[2] على شريكك.

وإن كان التدبير قبل وحمل الثلث ذلك النصيب عتق، ويقف الآخر إلى موت فلان؛ لأنه لا تقويم على ميت، فإن كان على الميت دين يرقه، قوم نصيب الميت على الحى، وإن لم يكن عليه دين ولم يحمله الثلث عتق ما حمله الثلث، فاستكمل نفسه على الآخر؛ لأنه أعتق من سبق فيه العتق من غيره.

وإن مات فلان قبل والتدبير سابق: أعتق من علق التقويم بموته، ثم يختلف فى نصيب المدبر هل ينتقض التدبير ويكمل على المعتق أو لا؟ لأن العتق آكد من التدبير.

وفى الجواهر: إن أعتق الأول إلى سنة، وعجل الثانى: قال ابن القاسم: تقوم خدمته إلى سنة، فتؤخذ من الذى عجل، ثم رجع فقال: يقضى عليه بعتق نصفه الآن، وبنصفه إلى سنة، ولا يؤخذ من هذا قيمة خدمته وولائه.

فإن بتل الأول وأجل الثانى: قال ابن القاسم: يفسخ ويضمن للشريك حصته، ويدفع له القيمة، ويتنجز العتق.

وقال الشيخ ابن القاسم: إن أعتق الثانى أو كاتب أو دبر، وشريكه موسر، لم يكن له ذلك، وإن كان معسرًا فله.

تمهيد:

---

(١) فى ط: أولا قبل الآخر.

(٢) فى ط: قوم.

فى الجواهر: إذا أعتق نصيبه ففى عتق نصيب شريكه بالسراية أو بالحكم روايتان، وللتقويم: ثلاثة شروط:

اليسار، والمريض موسر فى قدر الثلث، والميت معسر مطلقًا، وإن رضيت باتباع المعسر لم يكن لك ذلك عند ابن القاسم.

وفى كتاب محمد له[١] ذلك، وإن عتق[٢] باختياره، فلو ورث نصف قريبه لم يقوم، بخلاف الهبة والشراء.

وفى المنتقى: إن وهبت له فقبله كمل عليه، وإن لم يقبله عتق الحر وحده قاله مالك؛ لأن القبول سبب فى الضرر.

وقال عبد الملك: لا يقوم مطلقًا، ويعتق ذلك الحر مطلقًا؛ لأن ترك القبول إضرار بالقبول: وفى عدم القبول بالميراث، ولم يحك غير ذلك.

وفى الجواهر: سَوَّى[٣] بين الهبة مطلقًا وبين الشراء.

قال فى الجواهر: الشرط الثالث: إن توجه العتق إلى نصيب نفسه أو الجميع، حق بتوجه العتق لنصيبه.

ولو قال: أعتقت نصيب شريكى لغا[٤]، وأظهر الروايتين أن العتق إنما يحصل بالتقويم ودفع القيمة للشريك، ويتفرع على الراوايتين زمن اعتبار القيمة: فعلى أظهرهما يوم الحكم إذا قصد عتق نصيبه، فإن عم فى جملة العبد فيوم العتق.

وقال عبد الملك: يوم الحكم كالمعتق نصيبه خاصة، ويتفرع [على][٥] عتق الشريك لنصيبه ينفذ على الأصح: أن العتق بالحكم ولم يوجد، وعلى رواية العتق بالسراية، لا ينفذ، وكذلك بيعه لحصته، وعلى المشهور: يقوم للمشترى كما يقوم للبائع، وكذلك جميع أحكامه تتخرج على الروايتين من جنايته وحدوده وغير ذلك.

فرع: فى الجواهر: إذا أعتق بعض عبده إلى أجل: قال مالك: يقوم عليه الآن، فيعتق إلى أجل.

---

(١) فى ط: لك.
(٢) فى ط: يعتق.
(٣) فى ط: سواء.
(٤) فى ط: لعا.
(٥) سقط فى ط.

الخاصية الثانية[١]: عتق القرابة، وفى الجواهر: من دخل فى ملكه أحد عمودى النسب: أصوله وفصوله: الآباء، والأمهات، والأجداد، والجدات، وآباؤهم، وأمهاتهم من قبل الأب والأم وإن علوا، وفصوله: العمود الأسفل: الولد، [و][٢] ولد الولد ذكورهم وإناثهم وإن سفلوا: أعتقوا عليه، دخلوا قهرًا بالإرث أو اختيارًا، وكذلك أجنحته[٣] إخوته وأخواته من أى جهة كانوا، دون أولادهم، وهم أهل الفرائض فى كتاب الله تعالى؛ قاله فى الكتاب.

قال عبد الحق: ومراده: الإخوة؛ لأن الجد لأم يعتق ولا يرث، وكذلك أولاد البنات.

وروى ابن وهب: العم خاصة.

وروى: كل ذى رحم محرم عليه بالنسب، وهوكل من لو كان امرأة حرمت عليه، وقاله (ح) وابن حنبل.

وروى: لا يعتق إلّا الأصول والفصول خاصة، وهو مذهب (ش).

قال داود: لا يعتق أحد بالملك ولا يلزم؛ لقول النبى ﷺ: «لَا يَجْزِى وَلَدٌ وَالِدَهُ، إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ رَقِيقًا فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ»[٤].

ولأن الأصل: عدم العتق.

وجواب الأول: أن الفاء ههنا للسببية، أى: يعتقه بسبب ملكه؛ لقوله ﷺ: «النَّاسُ غَادِيَانِ، فَبَائِعٌ نَفْسَهُ فَمُوبِقُهَا، وَمُشْتَرٍ نَفْسَهُ فَمُعْتِقُهَا»[٥] ولم يرد مباشرة باللفظ العتق بالتسبب بالطاعة.

وعن الثانى: أن الأصل: تقدم الملك؛ فيعتق، ثم إنه معارض لقوله تعالى:

---

(١) لم يذكر الأولى.

(٢) سقط فى ط.

(٣) فى ط: أجنحه.

(٤) أخرجه مسلم (٢/١١٤٨) كتاب العتق: باب فضل عتق الوالد (٢٥-١٥١٠)، وأبو داود (٤/ ٣٣٥) كتاب الأدب: باب فى بر الوالدين (٥١٣٧)، والترمذى (٤/٢٧٨) كتاب البر والصلة: باب ما جاء فى حق الوالدين (١٩٠٦)، وابن ماجه (٢/١٢٠٧) كتاب الأدب: باب بر الوالدين (٣٦٥٩)، وأحمد فى المسند (٢/ ٢٣٠)، والبيهقى (١٠/٢٨٩).

(٥) أخرجه أحمد فى المسند (٣/ ٣٢١)، والحاكم فى المستدرك (٤/ ٤٢٢) وصححه، ووافقه الذهبى. من حديث جابر بن عبد الله، وأصله فى صحيح مسلم عن أبى مالك الأشعرى (١/ ٢٢٣).

﴿وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَٰنُ وَلَدًا سُبْحَانَهُ بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ﴾ [الأنبياء: ٢٦] فأخبر بعدم الولدية؛ لأجل ثبوت العبودية؛ فدل على أنهما[١] متنافيان.

وقوله تعالى: ﴿وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَٰنُ وَلَدًا لَّقَدْ جِئْتُمْ شَيْئًا إِدًّا﴾ - إلى قوله -: ﴿إِن كُلُّ مَن فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ إِلَّا آتِي الرَّحْمَٰنِ عَبْدًا﴾ [مريم: ٩٣].

وفى الترمذى: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ فَهُوَ حُرٌّ».

ولنا على (ح): أنه إنما يتمسك بظاهر الحديث المتقدم «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ»، وهو مطعون عليه، وبالقياس على الأصول والفصول.

والفرق: أنهما اختصا بأحكام من رد الشهادة والحجب فى الإرث والتعصيب، ويجب من الأب والابن والأخ ما لا يجب لغيره إجماعًا.

ولنا على (ش): أن الإخوة يحجبون الأم فأشبهوا الولد.

ولأنهم يرثون بالفرض ويرثون مع الجد.

احتجوا: بأنهم لا بعضية[٢] بينهم ترد بها الشهادة، ولا تجب بها النفقة؛ فلا يعتق كابن العم.

ولأن الأخ متردد بين العمودين وبين ابن العم؛ فيلحق بأقربهما إليه، والأب مع الابن يمتنع القود بينهما، ودفع الزكاة إليه والنفقة ومنع الشهادة، وليس بين الأخ وأخيه شىء من ذلك، فإلحاقه[٣] بابن العم أولى.

والجواب عن الأول: لا يلزم من عدم البعضية[٤] عدم سبب العتق؛ لأن علل الشرع يخلف بعضها بعضًا، والفرق بينه وبين ابن العم: ما تقدم.

والجواب عن الثانى: أنه قد تقدم أن للأخ مع أخيه أحكامًا نحو حجب الأم، والإرث مع الجد، وفرض الواحدة النصف كالبنت، فرده إلى الأب بهذه الأحكام أولى من ابن العم.

تفريع:

فى الكتاب: إذا اشترى بعض من يعتق عليه ممن يملك جميعه، أو ممن ملك

(١) فى ط: أنها.
(٢) فى ط: بغضية.
(٣) فى ط: فالحاجة.
(٤) فى ط: البغضية.

بعضه بإذن من له بقيته، أو بغير أذنه، أو قبله من واهب أو موص[١] أو متصدق، أو ملكه بأمر لو شاء دفعه عن نفسه فعل - فإنه يعتق عليه ما ملكه، ويقوم عليه باقيه إن كان مليًا، وإلا فما ملك، ويخدم مسترق باقيه بقدر ما رق منه، ويعمل لنفسه بقدر ما عتق منه، ويوقف ماله في يده.

وإن ابتعت مع أجنبي أباك في صفقة جاز، وعتق عليك، وضمنت للأجنبي قيمة نصيبه.

وإن ورثت شقصًا منه، فلا يعتق إلّا ما ورثت؛ لأنك لا تقدر على دفع الميراث.

وإن وهب لصغير أخاه فقبله أبوه[٢] جاز ذلك، وعتق على الابن.

وإن أوصى لصغير ببعض من يعتق عليه أو ورثه، فقبل ذلك أبوه أو وصيه، فإنما يعتق عليه ذلك، ولا يقوم على الصبي بقيته، ولا على الأب، ولا الوصي، وإن لم يقبل ذلك الأب أو الوصي فهو حر على الصبي؛ لوجود سبب العتق، وكل من جاز بيعه وشراؤه على الصبي، فقبوله له الهبة جائز.

إذا ملك العبد المأذون من يعتق على الحر لم يبعه إلّا بإذن سيده، ولا يبيع[٣] أم ولده إلّا بإذن سيده؛ لتعلق حق السيد بما في يده، وإن عتق وفي يده من يعتق عليه عتق عليه، وتبقى أم ولده أمة له؛ لصحة الملك فيها.

وإن اشترى المأذون قريب سيده الذي يعتق على سيده لو ملكه، والعبد لا يعلم بذلك، عتق؛ لوجود السبب، إلّا أن يكون على المأذون دين يغترقهم.

وفي التنبيهات: قال سحنون: معناه اشتراهم بإذن سيده، وفي مراعاة علمه قولان: فعن ابن القاسم: يعتقون علم أو لا.

[و][٤] في النكت: إنما افترقت مسألة من اشترى هو وأجنبي أباه عن[٥] مسألة من أعتق شركًا له من عبد وهو موسر، ثم باع صاحبه نصيبه: أن التقويم يجب ههنا في العبد قبل بيع الشريك؛ لدخول المشتري على فساد؛ لأنه لا يؤدي ثمنًا؛ ليأخذ قيمة

---

(١) في ط: مرض.
(٢) في ط: أخوه.
(٣) في ط: يتبع.
(٤) سقط في ط.
(٥) في ط: من.

مجهولة، ومسألة الأب لا يجب التقويم قبل الشراء، إلّا أنه لا يلزم العتق إلّا بثبوت الشراء.

قال سحنون: كيف يجوز هذا الشراء والأجنبى لا يدرى ما يحصل له، هل نصف الأب أو نصف قيمته التى رجع بها على الابن؟

قال عبد الحق: ويحتمل قول ابن القاسم: أنه لم يعلم أنه أبوه؛ فلم يدخل على الفساد، وعلل منع المأذون بيع أم ولده إلّا بإذن سيده: بأنها قد تكون حاملًا وحملها ملك السيد؛ فلا يبيعه إلّا بإذنه.

أو لأنها تكون له أم ولد إذا عتق على قول قائل، فإن باع بغير إذنه: قيل: لم يفسخ إن لم يظهر بها حمل، وإن باع من يعتق عليه بغير إذن سيده فسخ بيعه؛ لأنه يعتق عليه إن بقى فى يده حتى يعتق.

قال: وعلى ما علل به أم الولد لا يبيع[1] أمته التى يطؤها إلّا بإذن سيده.

وفرق ابن مكانس[2]: بأن أم الولد أوقفها الأولاد بخلاف الأمة.

قال ابن يونس فى كتاب أمهات الأولاد: إذا أوصى له ببعض أبيه فقبله، قوم عليه باقيه، أو رده بطلت الوصية.

وقال ابن القاسم: يعتق ذلك الشقص فقط، وقاله مالك؛ لأن رده بالقريب من غير فائدة.

قال مالك: إن اشترى بعض ما بقى بعد الإرث لم يعتق إلّا ما ورث واشترى، وكذلك لو وهب له بعض الباقى؛ قاله مالك وأصحابه إلّا ابن نافع قال: يقوم عليه الباقى.

والمدبر والمعتق إلى أجل إذا ملك أباه، لا يتبعه إلا بإذن سيده، ما لم يمرض سيد المدبر، أو يقرب أجل المعتق؛ فيمتنع إذن السيد؛ لأنه لا يملك حينئذ انتزاعه، وليس له بيع ما ولد للمدبر أو المعتق إلى أجل بعد عقد ذلك فيهما، وإن أذن السيد؛ لأن الولد يدخل فى العقد متأخرًا عنه.

قال محمد: والمعتق بعضه يشترى ذلك بإذن السيد فلا يبيعه، وإن أذن السيد،

---

(١) فى ط: يتبع.
(٢) فى ط: ابن مناس.

وإن أذنت للمكاتب فى شراء من يعتق على الحر، فإنهم يدخلون معه فى الكتابة.

وقيل: لا يدخل إلّا الولد والوالد.

وإذا اشترى من يعتق على سيده: قال غير ابن القاسم: إن كان على المأذون دين يحيط بماله عتقوا، ويغرم سيده الثمن لأجل الدين، فإن كان غير مأذون فلا يعتقون، ويرد الشراء.

قال ابن القاسم: للمكاتب ملك أبوى سيده وبيعهما، ووطء الأم، فإن عجز عتق من بيده ممن يعتق على سيده.

قال اللخمى: اختلف هل يعتق القريب بالملك أو الحكم؟ وعلى الثانى: هل له انتزاع ماله قبل العتق؟ فعن مالك: يعتق بالملك.

قال: والأحسن فى الأبوين عتقهم بنفس الملك؛ لاتفاق فقهاء الأمصار على عتقهم بخلاف الإخوة؛ للخلاف فيهم.

فرع فى الكتاب: إن اشتريت أباك بالخيار إن كان للبائع، لم يعتق إلّا بعد زوال الخيار.

قال ابن يونس: قال مالك: إن اشترى من لا يعتق من اشتراه من ذوى محارمه من الرضاعة أو الصهارة يبيعهم[1] إن شاء.

قال عبد الملك: إن اشترى من يعتق عليه بيعا حراما، لم يفسخ شراؤه، وعتق عليه؛ لأن العتق الاختيارى يفيت البيع الفاسد، فالاضطرارى أولى، وقاله ابن القاسم، فإن لم يكن دفع الثمن، ولا مال له غيره، بيع منه بالأقل من القيمة أو الثمن، وعتق الباقى؛ لأن القيمة إن كانت أقل فهى التى وجبت لفساد البيع، أو الثمن: فالزائد من القيمة إنما يلزم بعد العتق، فهو دين طرأ بعد العتق؛ فيتبع به فى الذمة؛ قاله ابن القاسم.

قال عبد الملك: إن اشترى أباه على عهدة الإسلام فهو حر بعقد الشراء، ولا عهدة فيه.

قال ابن القاسم: وإن حبس البائع الأب بالثمن فهلك فهو حر بالعقد، وإن اشتراه

---

(١) فى ط: يتبعهم.

وعليه دين بيع فى دينه، وكذلك إن ورثه وعليه دين عند ابن القاسم؛ لأن الدين مقدم على الإحسان إلى القريب، بخلاف الهبة والصدقة؛ لأنه لم يبدل [. . .][١] فيهما بفتح الميم وسكون الثاء[٢] وهو التمثيل والنكال.

قال: ولم يختلف المذهب أن إزالة عضو منه وإن قل كالظفر، مثلة إلّا فى السن الواحدة.

وإن شوهه من غير تنقيص، نحو: كى الوجه: فأصلهم العتق، وعليه ما فى الكتاب، أو حرق بالنار، ولم يشترط ما اشترطه فى الفرج، والأشبه أن قوله: فى الفرج، تفسير ووفاق، وراعى المدنيون حلق الرأس فى العلى؛ لأنه مثلة فيهم، واختلف فى حلق شعر المرأة هل يطلق به أم لا؟

وسجله[٣]: بفتح السين المهملة.

وزنباع: بكسر الزاى.

وسندر: بفتح السين المهملة، وسكون النون وفتح الدال[٤] المهملة.

ومعنى: «مولى الله ورسوله»، أى: عتق بحكمهما، وقيل: ناصراه على من فعل ذلك.

قال ابن يونس: قال مالك: إن قطع أنملته، أو أذنه، أو أرنبته، أو سنه، أو بعض جسده - عتق عليه وعوقب.

قال أشهب: ويسجن.

قال مطرف: أو خزم أنفه، أو سود أذنه.

قال أصبغ: من جلل الأسنان أو الأضراس.

قال ابن وهب: إذا عرف بالإباق، فوسمه فى بعض جبهته: أنه عبد فلان، عتق عليه، ولو وسمه بمداد أو إبرة عتق، خلافًا لأشهب.

قال ابن وهب: ويؤدب فى حلق الرأس واللحية.

قال محمد: ولا يعتق بالمعض فى الجسد، ولكن يباع عليه.

---

(١) بياض فى ط. وتنظر المدونة (٢/ ٤٤٥).

(٢) فى ط: وسكون التاء.

(٣) هكذا فى أ،ط. وتنظر المدونة (٢/ ٤٤٤).

(٤) فى ط: وفتح الراء.

قال أشهب: ما لم يقطع بذلك شيئًا من جسده يبين منه.

قال مالك: ولا يعتق بالمثلة إلّا بعد الحكم، خلافًا لأشهب.

وعنه: المثلة المشهورة لا تفتقر لحكم، بخلاف[١] ما يشك فيها.

وفى طرق[٢] الحديث: «مَنْ مَثَّلَ بِعَبْدِهِ فَأَعْتِقُوهُ»[٣]، ولم يقل: «هو حر»، وعلى هذا إذا مات لا يعتق على الورثة، وإذا رفع للإمام وعليه دين محيط به بيع، وإن فلس أو مات.

قال سحنون: لا يعتق لسبى.

وقال سحنون: وإن ضرب رأسه فنزل الماء فى عينيه فليس بمثلة، وإذا عتق تبعه ماله.

وقال أصبغ: إن استثناه عندما مثل، أو بعد المثلة، قبل الحكم عليه بعتقه، وقبل أن يشرف على الحكم - فذلك له، وأما عند الحكم فلا؛ لأنه قبل الحكم يورث بالرق، ويدركه الدين.

قال سحنون: إذا فقأ عينه، وقال: خطأ، وقال العبد: عمدًا - صدق العبد على السيد، والمرأة على الزوج، بخلاف الطبيب؛ لأنه مأذون له، ثم رجع فقال: يصدق السيد والزوج؛ لأنهما غارمان[٤].

قال اللخمى: يعتبر العمد، وألا يزول الشين، وأن الممثل بالغ صحيح العقل، وهى ثلاثة أوجه، وفى الأول أربعة أقسام:

يعتق فى واحد للعمد على وجه العذاب دون الخطأ، وعمد المداواة وشبه العمد: كحذفه بسيف فيبين عضوًا.

---

(١) فى ط: لخلاف.

(٢) فى ط: طريق.

(٣) هو من حديث ابن عمر: أخرجه الحاكم فى المستدرك (٣٦٨/٤) وسكت عنه، وتعقبه الذهبى بقوله: حمزة هو النصيبى، قال ابن عدى: يضع الحديث. ولفظه (من مثل بعبده فهو حر وهو مولى الله ورسوله) وأخرجه عن عبدالله بن عمرو: أحمد، والطبرانى كما فى مجمع الزوائد للهيثمى (٢٤٢/٤) وقال: ورجاله ثقات وفيه الحجاج بن أرطأة، وهو مدلس، ولكنه ثقة.

(٤) فى ط: عازمان.

قال ابن دينار: إلّا أن يقصد المثلة فى مثل ما يلقاه[١] من أبيه؛ لأن الغالب شفقة الإنسان على ماله، وقد يريد تهديده دون التمثيل، وإذا احتمل أحلف وترك.

وكذلك لا يعتق بضرب الرأس إن نزل الماء؛ لأنه قد لا يقصد نزول الماء، ويصدق السيد، إلّا أن يكون معروفًا بالجرأة.

وإن زال الشين، ويقى اليسير لا يعتق.

وإن أبطل أنملة أو أصبعا فلم يبنها لم يعتق؛ لأنه لا يستحق كثير شين[٢]، ويعتق بإبطال الكف، واستحسن أصبغ العتق بإزالة سنين من الثنايا [لأنهما شين][٣]، بخلاف ضرسين.

وفى الموازية: يعتق بقطع طرف الأذن.

والأحسن: العتق بإزالة اللحية إذا كان شين[٤] لا يعود معه.

ويعتق على الممثل بستة شروط: أن يكون بالغًا، عاقلًا، حرًا، رشيدًا، مسلمًا، لا دين عليه؛ لأن عمد الصبى والمجنون كالخطأ.

واختلف فى أربعة: السفيه، والمديان، والمريض، وذات الزوج:

فأعتق أشهب على السفيه والمديون؛ لأنها جناية حدها: العتق.

وقال ابن القاسم: لا يعتق عليهم كابتدائهم العتق.

وقال فى المريض يمثل: العتق عليه إن مات فى ثلثه، وعلى ذات الزوج فى ثلثها أو ما حمله.

وعلى أصل أشهب: من رأس المال فى المريض وذات الزوج، والعتق على العبد أبين، لأن السيد ملكه فتجرى عليه أحكام الأموال كالحر.

قال ابن القاسم: لا يعتق على الذمى كابتدائه العتق، وأعتقه أشهب؛ لأنه من التظالم.

ويعتق بالمثلة: المدبر، والمعتق إلى أجل.

وإن مثل بعبد معتقه إلى أجل قبل قرب الأجل، أو عبد مدبره، وأم ولده فى

---

(١) فى ط: بقاه.
(٢) فى ط: شىء.
(٣) فى ط: لأنها سبق.
(٤) فى ط: شىء.

صحته – عتق عليه؛ لأنه انتزاع أموالهم، بخلاف قرب الأجل؛ قاله مالك، ولا يعتق عند ابن القاسم إلا ما يعتق به المعتق إلى أجل.

وعلى قول ابن نافع: كعبد نفسه، ثم يكون الحكم؛ لأن له انتزاع ماله ما لم يعتق، وكذلك عبد المدبر وأم الولد إذا كان فى مرضه، فهما سواء عند مالك وابن القاسم، وهو كعبد الأجنبى.

وعلى قول ابن نافع كعبد نفسه، ثم يكون الحكم فيهما كمثلته بعبد فيختلف: هل يعتق من رأس المال أو الثلث؟ فمن جعله من الثلث، قدم المدبر على الممثل به؛ لأنه عزره بمثلة الهند أى عتقًا فى المرض وله مدبر، ومن قال: من رأس المال قدمه على المدبر، وإن سقط التدبير، وإذا قدم المدبر لم يعتق الممثل، إلّا أن يحمل الثلث قيمتهما.

قال ابن يونس: قال ابن وهب: يعتق على السفيه ويتبعه ماله كالإتلاف.

قال مالك: وإذا أعتق أم ولده تبعها [مالها][1]

وقال ابن القاسم: يعتق عليه ولا يتبعه ماله.

ثم قال: لا يعتق عليه، ومن لا ينفذ إعتاقه لا يعتق عليه بالمثلة.

فرع فى الكتاب إن مثل بمكاتبه عتق عليه، وعليه فى تلك الجناية ما على الأجنبى؛ لأنه خارج نفسه وماله، ويقاص بالأرش فى الكتابة، فإن ساواها عتق، وإن نافت عليه[2] الكتابة عتق، ولا يتبع ببقيتها[3]، وإن ناف الأرش عليها، اتبع المكاتب سيده بالفضل، وعتق.

وإن مثل بعبد مكاتبه، لم يعتق عليه، وعليه ما نقصه؛ لأن المكاتب حاز ماله، إلّا أن يكون مثله مفسدة، فله تضمينه كالأجنبى، ويعتق عليه.

وكذلك عبد امرأته مع العقوبة فى العمد.

قال اللخمى: إن كان الأرش أقل حاسبه به من آخر نجومه، والمثلة[4] والجرح سواء.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: عليها.
(٣) فى ط: بنفسها.
(٤) فى ط: والمثل.

وقال أصبغ: لا يتبع سيده؛ لعدم خلوص حريته، وحوزه حالة الجناية.

فرع قال اللخمى: مثلته بعبد ولده الصغير كعبد نفسه؛ لاستيلائه على ماله؛ إن كان موسرًا بقيمته، أو فقيرًا لم يقوم عليه، فجعل ابن القاسم تمثيله ابتداء، قال: وليس بالبين؛ لأنه إذا أعتق ألزم نفسه القيمة، وههنا بحكم القهر الشرعى.

ومثلته بعبد ولده الكبير كالأجنبى، إلّا أن يكون الولد سفيهًا فى ولايته، فيعتق عليه عند ابن القاسم.

فرع قال: إذا مثل بعبد أجنبى ولم يبطل الغرض الذى يكتسب لأجله، فعليه أرش الجناية.

وإن أبطلته الجناية: فثلاثة أقوال:

يقوم على الجانى حرًا، وإن لم يقم بذلك السيد لم يعتق؛ لأنه حقه.

وقيل: يقدم خيار السيد: إن اختار الرجوع بالأرش، صار العبد إليه يغرم[1] القيمة؛ لأن الحديث إنما جاء فى مثلته بعبد نفسه.

ولأن العتق يسرع السادات إلى ذلك، والأجنبى لا يسرع لمال غيره.

فرع قال ابن يونس: إن مثل بعبده النصرانى: قال ابن القاسم: لا يعتق عليه؛ لأن الحديث وارد فى المسلم وهو قاصر عنه.

وقال أشهب: يعتق؛ قياسًا على المسلم.

نظائر: قال ابن بشير: شروط العتق بالمثلة ستة: أن يكون الممثل بالغًا، عاقلًا، مسلمًا، حرًا، رشيدًا، مديانًا.

الخاصية الرابعة[2]: امتناع العتق لحجر المرض أو الدين.

وفى الكتاب: إن أعتقهم فى صحته وعليه دين يغترقهم، لا مال له سواهم - لم يجز عتقه؛ لأن الدين مقدم على التبرع، أو لا يغترقهم، بيع من جميعهم بمقدار الدين بالحصاص لا بالقرعة؛ لتعلق حق الجميع بالعتق، وعتق ما بقى، وإنما القرعة فى الوصايا، وعتق المرض، ولا يجوز لمن أحاط الدين بماله عتق، ولا هبة، ولا صدقة، وإن بعد أجل الدين إلّا بإذن غريمه؛ لأن المال تعين لقضاء الدين، وهو

---

(١) فى ط: بغرم.

(٢) لم يذكر الخاصية الثالثة.

مقدم على التبرع، وجوزه (ش) ؛ لأن الدين متعلق بالذمة.

وجوابه: لا فائدة فى الذمة إذا عدم المال؛ ولذلك شرع التفليس.

ولا يطأ أمة رد عتقه فيها؛ لأن الغريم إن أجاز عتقه، أو أيسر قبل أن تباع - عتقه، وبيعه، ورهنه، وشراؤه جائز؛ لأنه لا يخل بالمال، بل ينميه[١].

وإن باع عبدك سلعتك بأمرك، ثم استحقت بعد عتقه، ولا مال لك فلا رد للعتق؛ لأنه دين لحقك بعد العتق.

وإذا أعتقت وعليك دين ولك عرض أو مال غير العبد يفى بالدين، فلم يقم الغرماء حتى هلك العرض، فلا يرد العتق وإن لم يعلموا، ولا يباع لهم إلّا ما كان يباع لهم يوم العتق بعد إدخال المال الكائن يومئذ، وكذلك التدبير؛ لتقدمه على حقهم فلم يصادف حجرًا، بخلاف الخلاف، لأنه لا يكاتب بعض عبد، ويباع فى الدين إلّا أن تكون الكتابة إن بيعت وبعضها كفافًا لدين، فباع، ولا يرد الكتابة.

قال ابن يونس: قال سحنون: إن وطئ جارية رد الغرماء عتقه فيها، أو وطئ جارية أوقفها الحاكم للبيع فحملت، إن عذر بالجهالة لا شيء عليه ولا أدب، وإن وضعت ولم يفد[٢] مالًا بيعت هى، وولدها حر، لأنه سبب قد تقدم الدين عليه، ومنع الحاكم والولد على الحرية؛ لأنه ولد السيد من أمته، وكذلك إن وطئها بعد الإيقاف[٣] وقبل العتق، فإذا[٤] وطئها قبل العتق فحملت لا تباع إلّا أن يكون الحاكم انتزعها ووقفها للبيع، فوطئها فحملت، فهنا تباع.

قال: والصواب: التسوية بين إيقاف الغرماء والسلطان؛ لأن ضمانها منه فى الوجهين.

قال: وكذلك عندى لو تشاور الغرماء فى تفليسه، فقال: أنا أقفها بالولادة، وشهد على قوله؛ فإنها تباع بعد الوضع؛ لتسببه فى إتلاف أموالهم، كبيع العامل الميراث.

قال ابن القاسم: إن تصدق، أو أعتق، ثم قام الغرماء وأثبتوا أنه لا وفاء عنده

---

(١) فى ط: لنميه.
(٢) فى ط: يعد.
(٣) فى ط: الإنفاق.
(٤) فى ط: إذا.

حين الصدقة، فإن لم يعلموا بالصدقة ردها الغرماء، وأثبتوا أنه لا وفاء عنده لا الفضل عن دينهم، ولا يرد العتق إن طال زمانه [ووارث الأحرار][(١)]، قال مالك: وترد الصدقة وإن طال الزمان، إلّا أن يسرى خلال ذلك، ولا يرد إن أعدم بعد ذلك قبل قيامهم.

قال أصبغ: والتطاول فى العتق الذى ربما أتت على السيد أوقات أيسر فيها، وينزل الغرماء على أنهم علموا[(٢)] لطول الزمن، ولو تيقنا بشهادة قاطعة عدم اليسار وعدم علمهم لرد[(٣)] عتقه، ولو أولد له سبعون ولدًا.

قال ابن عبد الحكم: إن قاموا بعد ثلاث سنين وهم فى البلد صدقوا فى عدم العلم.

وإن قالوا: علمنا العتق دون عجزه عن الوفاء، يمضى العتق بقدر دين من علم العتق بالحصص.

قال مالك: إن أعتق وله ما يفى بنصف دينه، وأفاده بعد العتق، ثم ذهب، رد من العتق بقدر تمام دينه؛ لأنه متعلق الحجر دون غيره.

قال محمد: وإن أفاد بعد تلف هذا المال بما يفى بنصف دينه -أيضًا- فلم يقم الغرماء حتى ذهب، فلم يرد من العتق شىء، وقاله ابن القاسم.

وإن أعتق عبدين معًا وعليه دين مثل نصف قيمتهما، فمات أحدهما فلا يباع من الثانى إلّا ما كان يباع[(٤)] منه لو لم يفت الآخر، وكذلك لو أعور أحدهما؛ لأنه مقتضى السبب السابق، ولو أعتق واحدًا بعد واحد وفى الأخير كفاف الدين - عتق الأول، أو أقل من الدين بيع من الأول ببقية الدين، وإن لم يبع الآخر حتى نقصت قيمة الآخر بحوالة سوق، أو نقص بدن - لم ينظر لذلك، وعتق الأول، أو ما كان يعتق منه يوم العتق؛ قاله كله ابن القاسم.

قال محمد: إن حالت قيمته بزيادة، ثم نقصت. فليحسب المفلس لدفع قيمته بلغت الآخر، وإن أعتق عبده وعليه ما يغترق نصف قيمته يوم العتق لم ينظر إلّا

---

(١) كذا فى ط.
(٢) فى ط: عملوا.
(٣) فى ط: فرد.
(٤) فى ط: باع.

ما زاد بعد ذلك أو نقص من القيمة، وينفذ عتق مالك الحصة، أما النقص فنعم[١]، وينبغى فى الزيادة الا تباع إلّا بقدر الدين، وذلك يزيد فى عتقه.

قال أصبغ: أعتق جارية قيمتها ألف، وعليه تسعمائة، فإن بيع منها للدين لم يكن فى بعضها وفاء، وإن بيعت كلها بيعت بأكثر منه[٢].

قال: تباع كلها، يصنع[٣] بما بقى من ثمنها بعد قضاء الدين ما شاء، وإن يئس أن يباع منها بتسعمائة ولو أكثر من تسعة أعشارها لبيع، وعتقت الفضلة، ولو تأخر بيعها حتى حال سوقها فلا تساوى تسعمائة، فإنما يباع منها اليوم ما يباع قبل ذلك، ويتبع بالباقى فى ذمته أو بزيادة لم يبع إلّا كفاف الدين بحصول المقصود.

وعن مالك: إذا [بيع][٤] بعضه لم يوف بالدين لتعيبه[٥] بالحرية، [و] إذا بيع كله كان أكثر من الدين، فيباع[٦] كله، ويستحب جعل الفضل فى حرية.

قال ابن عبد الحكم: إن أعتق عبدين، قيمة كل واحد مائة، وعليه خمسون، وإن بيع من كل واحد جزء، لم يكف الدين؛ لدخول الحرية، وإن بيع كل واحد منهما كان ثمنه أكثر من الدين، فيقرع بينهما، فيباع الخارج بالقرعة، ويصنع بفضل ثمنه ما شاء، ويعتق الآخر.

قال ابن عبد الحكم: وكذلك إن مات عن مدبر قيمته مائة، وعليه عشرون، وإن بيع جزء بالدين لم يبلغ الدين، فيباع كله ويقضى الدين ويفعل الوارث بالفاضل ما شاء؛ لأنه مال أذن إليه بالأحكام فلا عتق فيه.

قال سحنون: يباع على التبعيض، فيقال من يشترى منه بعشرين؟ فيقال: زيد أخذ ربعه، ويقول آجره[٧] حتى ينتهى، فهو العدل.

قال محمد: إن أعتقهم وعليه دين يحيط ببعضهم، فلم يعلم الغرماء حتى اذان ما يحيط ببقيتهم، قال ابن القاسم: لا يباع إلّا قدر الدين الأول بفلسه؛ لأنه الذى

---

(١) فى ط: فعم.
(٢) فى ط: منها.
(٣) فى ط: يمنع.
(٤) سقط فى ط.
(٥) فى ط: لتعينه.
(٦) فى ط: يباع.
(٧) فى ط: اخرجه.

تقدم العتق.

وقال أشهب: يباعون كلهم حتى يستوفى الأول والآخر؛ لأنه إذا دخل الآخر مع الأول لم يستوف الأول حتى يستوعب الجميع.

والصواب: لا يباع الأول، ويدخل الآخر.

قال ابن القاسم: إن دبره وعليه دين يحيط ببعضه، ثم اداان ما يغترقه، بيع بقدر الدين الأول ما حده الدين الأول، ولا يدخل فيه الآخر، ولا يباع له شيء وقد بقى له ما يباع بعد موت السيد.

وإن ابتاع بيعًا فاسدًا، وأعتق قبل دفع الثمن، وقيمته أكثر، وليس له غيره - قال أشهب: يرد منه قدر الثمن؛ لأن القيمة تحددت بعد العتق، وقاله ابن القاسم.

قال اللخمى: إذا بيع الجميع؛ لأن البعض لا يوفى منه بالدين لتعيبه[1] بالحرية - وجب جعل الفضل فى عتق.

وإذا كانوا عددًا، والعتق فى الصحة، بيع فى الدين بالحصص، ولا مقال للعبيد فى العتق وفيمن يباع، إلّا أن يكون متى بيع بالحصص لا يفضل للعتق لعيب العتق؛ فيقرع فيمن يباع للدين، ويعتق الباقى.

وإن بتل فى المرض أو وصى بالبيع للدين حسب ما كان العتق، إذا ضاق الثلث، ولم يجز الورثة، فيباع بالقرعة بعد قضاء الدين بالقرعة، وإذا وقع بالقرعة للبيع عبد وبعض آخر، لم يبع البعض حتى يقرع على نفسه، فإن خرج للعتق بيع على أن بقيته حر، وللورثة فعل ذلك نفيًا للغرر فى البيع، فإن بيع قبل علم المشترى بأن[2] بقيته حر أو رقيق فسد البيع.

وإن كان معه مائة، ثم ذهب الذى[3] أفاد وذهب المائة الأولى إذا ذهب جميع ذلك، يمضى العتق؛ لحصول كمال اليسار بعد العتق.

وفى الموازية: إذا أفاد بعد ذهاب الأول يمضى[4] العتق، فإن رد[5] العتق، وأفاد

---

(١) فى ط: لتعينه.
(٢) فى ط: فإن.
(٣) فى ط: للذى.
(٤) فى ط: بمعنى.
(٥) فى ط: أرد.

بعد، قبل البيع أو بعده - قال مالك: ينفذ العتق وإن وقع قبل إنفاذ البيع؛ لأن بيع الإمام بالخيار ثلاثًا.

وقال ابن نافع: رد الإمام يمنع العتق، وإن أفاد مالًا.

وفى مختصر الوقار: إن أفاد بالقرب عتقوا، وإلّا فلا.

وإن لم يرد العتق حتى مات العبد عن مال وله ورثة أحرار، أو مات له ولد حر وخلف مالًا، ثم أجاز الغرماء العتق لم يورث، ولم يرث بالحرية، وفى هذا خلاف لأشهب، والأول فى الكتاب؛ لأنه عبد حتى [تعلم الغرماء وتجيز][1].

قال ابن يونس: قوله أول الفرع: «إذا استحقت السلعة بعد العتق لا يرد العتق»، هذا إذا كان الثمن بيد السيد حين أعتق، أما إن تلف أو أنفقه قبل العتق رد العتق؛ لأن السلعة لم تكن له مالًا، ولو كان له رجوع بالثمن على أحد لم يرد العتق حتى يوئس من الثمن، ولو كان [له مال وباع][2] السلعة بعيب فقد هلك الثمن ولا شىء للبائع، [و][3] لم ينقص من العتق إلّا قدر قيمة العيب، ردها بقيمتها، أو فاتت وأخذ الأرش، ولا يقبل فى ذلك إقرار البائع، ولا يقبل العيب إلّا بالبينة، ويتبع بحصة العيب دينًا إن أقر؛ قاله محمد، وهو تفسير لقول ابن القاسم.

قال بعض القرويين: وهذا بخلاف ما فى كتاب الرهن: إذا زوج أمة، وقبض صداقها، ثم أعتقها الزوج قبل البناء، يرجع بنصف الصداق، فوجد السيد عديمًا، لا يرد العتق؛ لوجوب نصف الصداق بعد العتق بالطلاق، ولو شاء الزوج لم يطلق، ولو طلق قبل، ثم أعتق السيد بعد معدمًا، رد من العتق بقدر نصف الصداق.

ولو تزوجها تزويجًا يجب فسخه قبل البناء، ثم أعتقها قبل الفسخ، ثم فسخ، فوجد السيد عديمًا - رد العتق؛ لأن الصداق من حين قبضه دين عليه؛ لفساد النكاح.

قال محمد: إن حلف بحرية عبده، فباعه وقبض ثمنه وأتلفه، ولا شىء له غيره، عتق ويتبع؛ لوقوع الحنث، بالعتق[4] قبل إتلاف الثمن.

---

(١) فى ط: يعلم العلماء ويخير.
(٢) فى ط: إنما قام المبتاع.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: فالعتق.

قال: ويشكل قوله؛ لأن العتق إنما يتم فيه بالحكم، وقد[١] لحقه الدين قبل إنفاذ العتق.

ولو استحلفته فى بيع بحرية عبده: ليدفعن لك الثمن إلى أجل كذا - يحنث، ولا شىء له غير العبد، فلك رد عتقه؛ لتقدم الدين، قاله أصبغ.

وقال ابن وهب: لا يرده استحسانًا، [و][٢] كان التحليف تسليمًا للعتق ورضًا به.

وإذا أعتق المديان، ليس له ولا للغريم البيع دون الإمام، فإن باعوا بغير إذنه، ثم رفع للإمام وقد أيسر، رد البيع، وإنما ينظر فى ذلك ليسره يوم الدفع، فلو تقدم اليسار ويوم الدفع هو معسر، ولم يعلم الغريم حتى أيسر - نفذ العتق، ولو باعهم الإمام، ثم اشتراهم بعد يسره لم يعتقوا؛ لأنه حكم حاكم.

قاعدة: كل ما هو مفتقر إلى فحص وتمحيص[٣] وتختلف فيه الأحوال لا يقع إلا بحكم حاكم، ولا يكفى فيه وجود سببه، ولأنه[٤] يحتاج للحاكم، فطلاق المعسر يحتاج لتحقيق الإعسار، وتقدم الدين، والحالف: ليضربن عبده ضربًا مبرحًا، يحتاج العتق عليه لتحقيق أن ذلك الضرب من قبيل ما يباح أو يحرم، وهل جناية العبد مبيحة أم لا؟ يفتقر جميع ذلك للحاكم، وهكذا إذا لم يحتج لتمحيص[٥]، ولكن الخلاف فيه قوى: كالإعتاق على الشريك، أما إن ضعف الخلاف واستغنى عن التمحيص[٦] اكتفى بالسبب، كمن حلف: إن لم يشرب اليوم خمرًا فامرأته طالق، أو عبده حر، أو عليه صدقة، لزمه ذلك عقيب تلفظه[٧].

فرع: قال ابن يونس: قال مالك: إذا بتل فى مرضه عتق عبده[٨]، ثم مات السيد وله أموال مفترقة، يخرج من ثلثها، فهلك العبد [قبل جمعها][٩] لا يرثه الأحرار؛

---

(١) فى ط: فقد.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: وتلخيص.
(٤) فى ط: ولا.
(٥) فى ط: لتلخيص.
(٦) فى ط: التلخيص.
(٧) فى ط: تلطفه.
(٨) فى ط: عنه.
(٩) فى ط: قيل جميعها.

لأن عتقه إنما يتم بعد جمع(١) المال، وخروج العبد من ثلثه.

قال بعض المشايخ: إن اشتريت عبدًا فأعتقته وورث وشهد، ثم استحق إن أجاز المستحق البيع نفذ العتق والميراث وغيره، وإلّا بطل الجميع.

قال: والفرق بينه وبين عتق المديان: أن عتقه عدوان على الغرماء، ولو كنت تعلم أن العبد ليس ملك البائع كنت متعديًا، واستوى الحكم، ولا ميراث بالشك.

قال ابن يونس: وإن لم يعلم غرماء(٢) المديان حتى ورث، ثم أجازوا العتق، لنفذت الأحكام كالمشترى.

وقد قال مالك وابن القاسم: إن عتق المديان على الإجازة حتى يرد.

وفى الكتاب: إن بتله فى مرضه وقيمته مائة لا مال له غيره، فهلك العبد قبله، وترك ابنته حرة وترك ألفًا فقد مات رقيقًا، وماله لسيده، ولو كان له مال مأمون كالعقار يخرج العبد من ثلثه نفذ عتقه، وورثته ابنته والسيد نصفين.

وقيل: لا ينظر لفعله إلّا بعد موته، له مال مأمون أم لا من أعاد للطوارئ البعيدة(٣).

فرع فى الكتاب: إذا بتل المريض عتق رقيقه، وعليه دين، وعنده وفاء، فلم يمت حتى هلك ماله، فالدين يرد عتقه بخلاف الصحيح؛ لأن فعل المريض موقوف، وكذلك وصيته بعتقهم، فإن اغترقهم الدين رقوا، أو(٤) فيهم فضل، أقرع بينهم أيهم يباع للدين، ثم يقرع بينهم فيمن يعتق فى ثلث بقيتهم، فإن خرج أحدهم وقيمته أكثر من الدين، بيع منه بقدره، وأقرع للعتق، فإن خرج بقية هذا وفيه كفاف الثلث، عتقت بقيته، وإذا كثر عتق منه بقدر الثلث، وباقيه للورثة، وإن لم تف بقيته أعتقت بقيته، وأعيدت القرعة حتى يكمل الثلث فى غيره، وكذلك يعاد فى الدين إن خرج من لا يكفى الدين حتى يكمل الدين، وإن بيع بعض عبده، ثم يقرع للعتق كما تقدم.

فرع :قال: إن اشترى أباه وعليه دين يغترقه بيع فى دينه لأن الدين مقدم على بر

(١) فى ط: جميع.
(٢) فى ط: الغرماء.
(٣) كذا فى ط.
(٤) فى ط: و.

الوالد، أو ليس عنده إلّا بعض ثمنه، رد بيعه؛ قاله مالك.

وقال ابن القاسم: يباع منه ببقية الثمن، ويعتق ما بقى؛ جمعًا بين الحقين.

وقال غيره: يمنع فى السنة أن يملك أباه إلّا للعتق، فإذا كان عليه دين يرده فهو خلاف السنة إن تملكه فيباع فى دينه.

[و](١) فى التنبيهات: غيره: هو المغيرة، واختلف هل ملك أو لا؟ لا يعتق عليه؛ كقوله يرد البيع فى الثانى؛ قاله القابسى.

وقال أبو محمد: هما مختلفان، ولا يرد فى الأول، ويباع فى الدين بخلاف الثانى(٢).

قال: والأول الصحيح، وقد بينه مالك فى المبسوط، وقول المغيرة حجة لمالك؛ ولذلك أتى به سحنون.

قال ابن يونس: الفرق عند مالك بينهما: أن فى الأول ليس له شراؤه ودفع جميع ثمنه، ولا حجة للبائع إذا قبض جميع ثمنه، ولا عليه إذا باع جميع ما يجوز له، ويباع فى دين الابن إذا تلف ثمنه مال غرمائه، وفى الثانى: لم يدفع جميع الثمن، فللبائع نقض البيع، إذ لو بيع عليه فى بقية الثمن، لدخل عليه غرماء إن كانوا للولد، واحتاط ابن القاسم للعتق، ولم ير للبائع حجة إذا قبض بقيته(٣)، والدين أمر طارئ فلا يعتبر به، وهو القياس.

قال محمد: وإن ورث أباه أو وهبه، أو تصدق به عليه، وعليه دين.

قال أشهب: يعتق، وباعه ابن القاسم فى الميراث للدين، دون الهبة والصدقة؛ لأن مقصود الرافع العتق على الولد.

وقال محمد: لا يباع فى الجميع.

قال اللخمى: نقض البيع فى مثال(٤) الكتاب ظلم؛ لأن البائع باع ما يجوز له بيعه ممن يجوز شراؤه.

وقد قال ابن القاسم: إذا باعه أخاه على أنه أخوه، يعتق عليه، وتقاصًا(٥) فى

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: الثانية.
(٣) فى ط: بقية.
(٤) فى ط: متالى.
(٥) فى ط: تقاصاه.

الثمن فلم يجد غير الأخ.

قال: يباع عليه فى الثمن إلّا أن يكون فيه فضلة فلا يباع؛ لأنه كان ظاهره اليسر.

فرع فى الكتاب: إذا اشترى المريض محاباة فأعتقه فالعتق مبدأ على المحاباة؛ لأنها وصية، والعتق مبدأ على الوصية، وإن كانت قيمة العبد كفاف الثلث سقطت، ولم يكن للبائع غير قيمة العبد من رأس المال؛ لسقوط الوصية، فإن بقى بعد قيمة العبد شىء من الثلث فهو المحاباة، وقد قال: تبدأ المحاباة؛ لأن البيع[1] لا يتم إلّا بها، فكأنه أمر بتبديتها فى الثلث، فإن بقى بعدها من الثلث شىء فهو فى العبد، أتم ذلك عتقه أم لا.

قال ابن يونس: قال سحنون: وهذا القول أحسن من الأول.

قال مالك: ولو لم يحاب لجاز عتقه وشراؤه إن حمله الثلث، وإن كره الورثة، وإن لم يحمله الثلث فما حمل، ورق الباقى.

قيل: كيف يجوز هذا البيع والبائع لا يدرى ما حصل من الثمن أو قيمة العبد؟

والجواب: أن هذه المسألة وإقالة المريض من طعام فيه محاباة وشبهها، إنما وقع البيع فيه على المناجزة، وهذا طارئ بعد الانعقاد، فلو قيل لهما فى عقد البيع: إن فى هذا البيع محاباة، ومحاباة المريض وصية من الثلث ولا تدرى أيها البائع ما يحصل لك - لم يجز البيع.

فرع فى الكتاب: إن بتله فى مرضه، وقال: قيمته ثلاثمائة لا مال له غيره، فهلك العبد قبله، وترك ابنة حرة وألف درهم، فقد مات رقيقًا وما ترك لسيده بالرق دون ابنته، وإن كان للسيد مال مأمون يخرج العبد من ثلثه، جاز عتقه، وورثته ابنته وسيده.

قال غيره: لا ينظر فى فعل المريض إلّا بعد موته، كان له مال مأمون أم لا. لأن الطوارئ إنما يتعين انحسامها بعد الموت.

قال ابن القاسم: ولو احتمل المأمون نصف العبد، لم يعجل عتق شىء منه؛ لاحتمال الطوارئ، وإنما يعتق إذا كان المال المأمون أضعاف قيمته.

فرع :قال فى الكتاب: إذا أعتق[2] ما فى بطن أمته فى صحته، فولدت فى مرضه

---

(١) فى ط: المبيع.
(٢) فى ط: عتق.

أو بعد موته، فذلك من رأس ماله كعتيق إلى أجل حل جنينًا، بخلاف الحانث فى مرضه بيمين يعقدها فى صحته؛ لتنجز السبب فى الأول فى الصحة، وههنا الحنث فى المرض وقد حابى أو شرط.

فرع: قال: التى يعتق ما فى بطنها فى صحته لا تباع وهى حامل؛ لئلا يباع الحر، إلّا فى قيام دين استحدثه قبل عتقه أو بعده، فيباع تبعًا لأمه إذا لم يكن له غيرها، ويرق جنينها تبعًا؛ إذ لا يجوز استثناؤه.

فأما قيام الغرماء بعد الوضع، والدين حدث بعد العتق، عتق الولد من رأس المال لعتقه فى الصحة، ولدته فى مرض السيد أو بعد موته، وتباع الأم وحدها فى الدين ولا يفارقها، وإن كان الدين قبل العتق بيع الولد للغرماء إن لم تف[1] الأم؛ لأن تقديم الدين مبطل للتبرع.

ولو جنى عليه بعقل[2] جنين أمة، بخلاف جنين أم الولد من سيدها؛ لأن جنين الأمة لا يعتق إلّا بعد الوضع، وفى أم الولد حين الحمل.

فرع: قال: إن أخدمه سنتين، ثم هو حر، فاستدان السيد قبل قبضه من المخدم، فالغرماء أحق بالخدمة؛ لأنها تبرع فيؤاجر[3] لهم، فإن لم يقوموا حتى بتل الخدمة، فلا سبيل لهم على الخدمة، والعتق فى الوجهين نافذ إلى أجله لا سبيل للغرماء عليه، وكذلك الصدقة والهبة.

وإذا وقع الدين بعدها[4] وقبل القبض فالغرماء أولى.

قال ابن القاسم: قال عبد الملك: والفلس كالموت.

وقال أصبغ: الصدقة تقدم على الدين الحادث بعدها، وإن لم تقبض[5]؛ نظرًا لأصل العقد، وهو ليوم العقد لا ليوم القبض ما دام حيًا؛ إذ لو حكم[6] عليه أخذت منه، ما لم يمرض أو يمت، وليس كذلك حدوث الفلس، وهو كما إذا أعتق وله مال يفى بدينه، لم يضر ذلك ما يحدث من الدين.

---

(١) فى ط: يفت.
(٢) فى ط: يعقل.
(٣) فى ط: يؤاجر.
(٤) فى ط: بعدهما.
(٥) فى ط: يقبض.
(٦) فى ط: حتم.

قال ابن حبيب: الفرق: أن المعتق قبض والصدقة لم تقبض حتى حدث الدين.

فرع في المنتقى: إذا أعتق المريض شقصًا قال مالك: يقوم عليه فى ثلثه متى عثر عليه قبل الموت أو بعده؛ تعجيلًا لمصلحة العتق.

وقال عبد الملك: حتى يصح فيقوم فى ماله، أو يموت فيعتق ما أعتق فى ثلثه، ولا يقوم عليه نصيب صاحبه وإن حمله الثلث؛ لأن التقويم لا يلزم إلّا فى عتق يتعجل أو يتأجل أجلًا قريبًا لا يرده دين، وهذا قد يرده الدين، إلّا أن تكون له أموال مأمونة؛ فيقوم عليه، ويتعجل له العتق قبل أن يموت.

وقال ابن القاسم: يوقف فإن مات، ففى الثلث، أو ما حمله، وإن كانت له أموال مأمونة، قوم فيها.

فرع قال: إن أعتق عبده فى مرضه، فلم يحمله الثلث، وأجاز بعض الورثة حصته، فلا تقويم عليه، والولاء للميت؛ قاله مالك؛ لأن الوارث إنما أجاز فعل الميت، فلم يدخل ضرارًا فى المال.

وعن مالك: إن أعتق بعض عبده فى صحته، ويتم عليه وهو مريض، فإن صح عتق عليه كله، وإن مات فالباقى فى ثلثه؛ لوجود السبب متقدمًا.

وقال عبد الملك: إن قيم عليه فى مرضه، فلا تقويم إن مات لحصول الحجر.

وإن قلنا: يتم على المريض عهده:

قال أصبغ: يقوم عليه [نصيب غيره][1] إذا أعتق شقصه الآن، ويوقف الآن حتى يعتق منه ما حمل من الثلث من تلك القيمة التى كانت فى المرض[2] إن مات مبدأ على الوصايا، وما أعتق أولًا فمن رأس ماله، فإن صح لزمته القيمة، وقاله مالك؛ لأن القيمة إنما تلزم يوم الحكم، لكنه حكم متوقع فيه الصحة، فإن صح لزمته القيمة فى جميع ماله.

وقال ابن عبد الحكم: لا تقويم فى المرض، وليوقف أبدًا حتى يموت فيعتق ما بقى فى ثلثه، أو يصح فيكون من رأس ماله، إلّا أن يعتق الشريك؛ لأنه إذا لم ينفذ الحكم الآن، فلا معنى لتعجيل التقويم.

---

(١) فى ط: نصيبه.

(٢) فى ط: المريض.

الخاصية الخامسة: القرعة ومحلها.

وفى الكتاب: إذا أوصى بعتق عبيده أو بتدبيرهم[١] فى المرض، ثم مات، عتقوا إن حمله الثلث، [إلا ما يبلغه][٢] بالقرعة، وإن لم يدع غيرهم فثلثهم[٣] بالقرعة، وقاله (ش) وابن حنبل.

وقال (ح): لا تجوز القرعة فى الأولى، ويعتق من كل واحد ثلثه، ويسعى فى باقى قيمته للورثة حتى يؤديها فيعتق.

لنا: ما فى الموطأ: إن رجلًا أعتق عبيدًا له عند موته، فأسهم رسول الله ﷺ أعتق ثلث العبيد[٤].

قال مالك: وبلغنى أنه لم يكن لذلك الرجل مال غيرهم، وفى غير الموطأ من الصحاح: أعتق ستة مماليك[٥] فى مرضه، لا مال له غيرهم، فدعاهم النبى ﷺ، فجزأهم فأقرع بينهم، وأعتق اثنين ورق أربعة[٦].

ولأن الإجماع فى عصر[٧] التابعين عليه، عن عمر بن عبد العزيز، وخارجة بن زيد، وأبان بن عثمان، وابن سيرين، وغيرهم، ولم يخالفهم من عصرهم[٨] أحد. ووافقنا (ح) فى القرعة فى قسمة الأرض لعدم المرجح، وهو ههنا.

ولأن فى الاستسعاء ضررًا على العبيد بالإلزام، وعلى الورثة بتأخير الحق وتعجيل حق الموصى له، والقواعد تقتضى تقديم حق الوارث؛ لأن له الثلثين، ولأن مقصود الموصى كمال العتق فى العبد؛ ليتفرغ للطاعات والكسب، وتجزئة العتق تمنع من ذلك، وقد لا يحصل الكمال أبدًا.

احتجوا: بقول النبى ﷺ: «لَا عِتْقَ إِلَّا فِيمَا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ»[٩]، والبيع يلحقه

(١) فى ط: يتلفهم.
(٢) فى ط: إلا تبلغه.
(٣) فى ط: قبلهم.
(٤) أخرجه مالك (٢/ ٧٧٤) (٣) عن محمد بن سيرين، مرسلًا.
(٥) فى ط: ممالك.
(٦) تقدم.
(٧) فى ط: حصر.
(٨) فى ط: حصرهم.
(٩) أخرجه أحمد (٢/ ١٨٥و ١٨٩و ١٩٠و ٢٠٧و ٢١٠)، وأبو داود (٢١٩٠) و(٢١٩١) و(٢١٩٢) و(٣٢٧٧٣)، والترمذى (١١٨١) وابن ماجه (٢٠٤٧)، والنسائى (٧/ ٢٨٨)، =

الفسخ، والعتق لا يلحقه الفسخ فأولى لعدم القرعة؛ لأن فيها تحويل العتق.

ولأنه لو كان مالكًا لثلثهم فأعتقه لم يجمع ذلك فى اثنين منهم، والمريض لم يملك(١) غير الثلث فلا يجمع؛ لأنه لا فرق بين منع التصرف وعدم الملك فى نفوذ العتق.

ولأن القرعة فى جميع الحقوق إنما تدخل فيما يجوز التراضى عليه؛ لأن الحديث حال الصحة لما لم يجز التراضى على إسقاطها لم تدخل القرعة فيها، وقسمة الأموال يجوز التراضى فيها، فدخلت القرعة فيها.

والجواب عن الأول: أن العتق ما وقع إلّا فيما يملك، وما قال: العتق فى كل ما يملكه، فإذا نفذ العتق فى عبدين، وقع العتق فيما يملك.

وعن الثانى: أنه قضية فى عين، لتمهيد قاعدة كلية كالرحم وغيره، ولقوله ﷺ: «حُكْمِى عَلَى الوَاحِدِ، كَحُكْمِى عَلَى الجَمَاعَةِ»(٢).

وعن الثالث: لو كان العتق شائعًا لبطلت القرعة، واتفاقهم فى القيمة أو اثنين سهم ليس متعذرًا عادةً، لا سيما الجلب، ووخش الرقيق.

وعن الرابع: أن الميسر هو القمار، وميسر الحقوق ليس قمارًا، وقد أقرع رسول الله ﷺ بين أزواجه وغيرهم، واستعملت القرعة فى شرائع الأنبياء عليهم السلام؛ لقوله تعالى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾ [الصافات: ١٤١] و ﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: ٤٤] وليس فيها نقل الحديث؛ لأن عتق المريض لم يتحقق؛ لأنه إن صح عتق الجميع، وإن طرأت ديون بطل، وإن مات وهو يخرج من الثلث، عتق الثلث، فلم يقع فى علم الله -تعالى- من العتق إلّا ما أخرجته القرعة.

وعن الخامس: الفرق: بأن مقصود الهبة والوصية: التمليك، وهو حاصل فى الملك الشائع كغيره، ومقصود العتق التخليص للطاعات والاكتساب، ولا يحصل

= والدارقطنى (٤/ ١٤-١٥) وزاد فى ط: واحد جاز.

(١) فى ط: يملكه.

(٢) ذكره العجلونى فى كشف الخفاء (١/ ٤٣٦) وقال: ليس له أصل بهذا اللفظ كما قال العراقى فى تخريج أحاديث البيضاوى، وقال فى الدرر كالزركشى: لا يعرف.
قلت: له شاهد من حديث أميمة بنت رقيقة، أخرجه الترمذى (١٥٩٧)، وابن ماجه (٢٨٧٤)، وأحمد (٦/ ٣٥٧)، والنسائى (٧/ ١٤٩و١٥٢).

مع التبعيض.

ولأن الملك[١] شائعًا لا يؤخر حق الوارث، وههنا يتأخر بالاستسعاء.

وعن السادس: إن البيع لا ضرر فيه على الوارث كما تقدم فى الوصية، ولا تحويل للعتق كما تقدم.

وعن السابع: أنه إذا ملك الثلث فقط، لم يحصل تنازع فى العتق، ولا جريان من تناوله لفظ العتق.

وعن الثامن: أن الوارث لو رضى تنفيذ عتق الجميع، فهو يدخله الرضا.

تمهيد: الإقراع عند تساوى الحقوق، ودفع الضغائن والأحقاد، والرضا بما جرت به الأقدار، وقضاء الملك الجبار، وهى مشروعة بين الخلفاء إذا استوت فيهم[٢] أهلية الولاية، والأئمة، والمؤذنين، والتقدم للصف الأول عند الزحام، وتغسيل الأموات عند تزاحم الأولياء وتساويهم فى الصفات، وبين الحاضنات، والزوجات فى السفر والقسمة، والخصوم عند الحكام.

تفريع: فى الكتاب: إن قال: ثلثهم أحرار، أو نصفهم: عتق ذلك بالقرعة إن حمله الثلث، وإلّا فما حمله مما سمى.

وإن قال فى مرضه: عشرة منهم، وهم ستون: عتق سدسهم، أخرجت القرعة أكثر من عشرة أو أقل، ولو هلكوا إلّا عشرة لعتقوا إن حملهم الثلث وإن كثرت قيمتهم، وإن لم يحملهم الثلث عتق مبلغه بالقرعة، وإن بقى أحد عشر عتق عشرة أجزاء من أحد عشر سهمًا بالقرعة إن حمله الثلث، أو عشرون، عتق نصفهم بالقرعة فى الثلث، أو ثلاثون فثلثهم[٣]، وإن سمى أحرارًا[٤] فقال: سدسهم، لم يعتق إلّا [سدس][٥] من بقى ولو بقى واحد.

وإن قال: رأس منهم ولم يعينه، عتق بالقرعة، إن كانوا خمسة يوم التقويم

(١) فى ط: المالك.
(٢) فى ط: فهم.
(٣) فى ط: فثلاثهم.
(٤) فى ط: حرًا.
(٥) سقط فى ط.

فخمسهم، أو ستة فسدسهم، خرج أقل من واحد أو أكثر توفيه بلفظه، وإذا انقسموا على الجزء الذى يعتق منهم جزئوا[1] بطاقة وأقرعت بينهم، فمن خرج اسمه، وقيمته مبلغ الجزء الذى يعتق عتق مبلغه فقط، أو نقص عتق، وأعيدت القرعة؛ لتمام ما بقى من جزء الوصية، فما وقع لذلك عتق، عبد أو بعض عبد.

وإن قال عند موته: أثلاث رقيقى أو أنصافهم أحرار، أو ثلث كل رأس، أو نصف كل رأس - عتق من كل واحد ما ذكر إن حمل ذلك الثلث، ولا يبدأ بعضهم على بعض؛ لأنه عين العتق لكل واحد، أو ما حمل ثلثه فيما سمى بالحصص من كل واحد بغير قرعة؛ لأنه عين العتق لكل واحد.

[و][2] فى التنبيهات: القرعة تتكرر فى المناظرات، وهى غير معلومة للفقهاء.

وتحقيق مذهب مالك عند أكثرهم: على ما دل عليه ظاهر لفظة فى الكتاب، وقيل: مذهبه فى الكتاب مع ضيق المال، وأنه لم يترك سواه، وأما متى كان له سواه، فإنه يتلف فى العدد حتى يستكمل من الثلث عشرة.

وإن كان نوى ثلث جميع تركته من العبيد وغيرهم، عن مالك: إذا قال: أحد عبيدى حر فى الوصية عتق واحد كامل، أو ثلاثة، عتق واحد بالسهم، وإن كانوا أقل من الثلث.

وقوله: «ولم يعينه»، يدل على أنه لو عينه عتقوا بالحصص، وقاله سحنون.

وقال عبد الملك: يقرع بينهم سمى أم لا.

قال ابن يونس: اختلف فى الرجل الوارد فى الخبر، فقيل: بتلهم.

وقيل: أوصى بعتقهم.

فحملنا القرعة عليهما عند ضيق الثلث دون تصرف الصحة؛ لأنها رخصة لا يقاس عليها.

وقال المغيرة: إنما القرعة عند من أعتق عبيده عند موته ولا مال له غيرهم.

قال المغيرة: ولو قال فى وصيته: أحد عبيدى حر، وهم خمسة، أعتق خمس كل واحد.

---

(١) فى ط: جزؤا.

(٢) سقط فى ط.

وقال أصبغ فى المبتلين فى المرض لا يحملهم الثلث: يعتق من كل واحد بغير سهم، وإنما السنة بالسهم فى الوصية.

قال ابن يونس: وإن قال: ميمون ومرزوق حران، تحاصا عند ضيق الثلث؛ لأنه لما سمى، فقد قصد له العتق.

وقيل: يقرع بينهم، والمذهب: الفرق بين التسمية وغيرها؛ فيحصل إذا بتل عبيده أو أوصى فقد سمى أم لا، ولم يحمل الثلث، ففى كل وجه قولان: القرعة[(١)] والمحاصة.

قال مالك: ومما تكون فيه القرعة فى الصحة: إن يعتق نصف رقيقه أو جزءًا يسميه، فإن ذلك فى الصحة والمرض وفى الوصية سواء، فيعتق من خرج إلى مبلغ قيمة الحر الذى سمى، فإن فضل من قيمة نصفهم أو الجزء الذى سمى فضلة حتى يقع ذلك فى بعض عبد، فإن كان فى وصية رق باقيه، أو فى صحة كمل عتقه.

قال محمد: وإن قال: أنصافهم أو أثلاثهم لا يسهم فى ذلك فى الصحة ولا فى الوصية، لكن يعتق الجزء الذى سمى من كل رأس إن حمل ذلك الثلث فى الوصية، وتكمل النفقة فى الصحة.

وقال ابن الكاتب فى قول المريض: أثلاث رقيقى: لم يرد تكميل عتق أحدهم، وأما الموصى إذا لم يحمل الثلث، وقال: ثلثهم، فما زاد تمام الحرية فيميزوا بالقرعة؛ ليحصل مراده، بخلاف، من أوصى بثلثهم لرجل، فإنه يكون شريكًا؛ لأنه أقامة مقامه.

قال أشهب: إذا قال: رأس منهم حر، ولم يعينهم وهم خمسة، يعتق من كل واحد خمسه.

قال: ويعتق خمس قيمتهم، خرج رأس أو بعضه.

قال محمد: وهو قول مالك وأصحابه.

قال أشهب: وإن أوصى بذلك عن رقبة ظهار أو بتل، فيسهم بين كل من يصلح للرقاب الواجبة، فمن خرج عتق كله، لأن التبعيض فى الكفارة ممتنع، ولا عتق لمن بقى.

---

(١) فى ط: فالقرعة.

وعن مالك: إن قال عند موته: رأس من رقيقى وأحد عبيدى حر، وهم ثلاث[(١)] فأقرع بينهم، فخرج أحدهم، وهو أكثر من ثلث قيمتهم عتق كله إن حمله الثلث.

قال ابن يونس: وأصحاب مالك كلهم على خلافه، وأما الصحيح: فيختار واحدًا منهم فيعتقه، أو ورثته إن مات من رأس المال.

وإن قال الصحيح: أثلاث رقيقى، عتق عليه ثلث كل رأس، وكمل؛ لأنه أعتق بعض عبده.

أو مريض فمات، عتق ما سمى، وكمل فى ثلثه باقيهم، وإن عاش أتموا فى رأس ماله؛ لأن المريض تصرف فى حال لا يملك إلّا الثلث، فإذا عاش ملك جميع ماله.

وإن قاله فى وصيته عتق من كل واحد ثلثه فقط؛ لأنه أوقعه فى حال ماله[(٢)]، وماله لورثته.

وإن قال الصحيح: نصف عبيدى أحرار: قال سحنون: يحلف أنه لم يرد واحدًا بعينه، خلافًا لابن القاسم.

وقال محمد: يعتق بالسهم نصف قيمتهم، فإن وقع النصف فى بعض عبد كمل؛ لأنه صحيح، والمرض والوصية يعتق نصف قيمتهم بالقرعة.

قال اللخمى: إذا قال فى مرضه أو وصيته: عشرة من عبيدى أحرار، وهم خمسون، فخمسة أقوال:

عتق[(٣)] خمسهم بالقرعة، خرج خمسة أو خمسة عشر.

وعن مالك: إن خرج أكثر من عشرة عتقوا، أو أقل، أقرع بين الباقين حتى تكمل عشرة، ما لم يجاوز ثلث الميت.

وخير أشهب بين العتق بالسهم أو الحصص.

وقال المغيرة: بالحصص إن أعتق الميت، أما إن أوصى بقيته أن يعتقوا عنه: خيروا بينهما.

وعن مالك فى رأس منهم حر[(٤)]، وهم ثلاثة فيعتق[(٥)] ثلثهم بالقرعة، ثم لم يرد

---

(١) فى ط: ثلث.
(٢) فى ط: ما.
(٣) فى ط: رقيق.
(٤) فى ط: جزء.
(٥) فى ط: فعتق.

الميت إلّا عتق واحد فيقرع بينهم، فإن خرج واحد وهو أدنى من الثلث، عتق، ولم تعد القرعة، أو أكثر عتق إن حملهم الثلث؛ فاعتبر فى الأول خمس قيمتهم؛ لأنه العدل بين العبيد والورثة؛ لأن أعلاهم أو أدناهم ظلم لأحد[(١)] الفريقين، ومن رضى بالأدنى، قيل له: للميت حق فى عتق الأعلى، أو خص الوسط بالم الأعلى والأدنى؛ لفوات العتق.

قال سحنون: إن قال: نصفكما حر، أعتق أيكما شاء، أو نصفًا كما، أعتق من كل واحد نصفه.

قال اللخمى: وأرى أن يسأل ويصدق فى المسألتين، فإن عدمت النية، فالتجزئة أشبه؛ لذكر النصف.

وإن قال فى صحته: عشرة من رقيقى أحرار، فمات أربعون، فقيل: العشرة الباقية أحرار؛ لتعين الصيغة.

وقيل: لا عتق لهم؛ لأن السيد كان قبل موت من مات منهم بالخيار، وكان [له أن][(٢)] يعتق غير هؤلاء، فإن كان فى وصية: قال ابن القاسم: يعتقون؛ لأن العبرة بيوم الحكم فى الثلث، لا يوم الموت.

وقال عبد الملك: يعتق خمس الباقى؛ لأن العبرة بيوم الموت، [وإن أما فولدت][(٣)] لكل واحدة منكن ولدًا، والتصرف فى الصحة، اختار عشرًا من الأمهات مع أولادهن؛ لأن الولد يتبع أمه، أو فى المرض، يعتق خمسهن الذى كان يعتق قبل الولادة، وتقوم[(٤)] كل واحدة بولدها، ويتبعها فى الحرية والرق، أو فى وصية وعينهن، فقال: هؤلاء الخمسين رق ما ولد فى جناية، ولا يدخلون فى القرعة، ويدخل المولود بعد ذلك، فيعتق خمس المائة، وتقوم كل أمة بما ولدت، ويتبعها إن عتقت، ولا يقرع عليه بانفراده.

وإن قال: عشرة ممن يكون يوم أموت ولم يقل: هؤلاء، دخل جميع الولد فى العتق، ولد قبل أو بعد، وتختلف صفة العتق: فما ولد قبل قوم بانفراده، وقد يعتق

(١) فى ط: بأحد.
(٢) سقط فى ط.
(٣) كذا فى ط.
(٤) فى ط: ويقوم.

دون أمه، أو أمه دونه إن وقعت عليها، وما ولد بعد قوم مع أمه يتبعها فى العتق والرق؛ لتعليقه العتق بالكائن عند الموت، فالمولود قبل كعبد اشتراه، وإن قال: يوم ينظر فى ثلثى، لم يدخل المولود فى الحياة كقوله[1]: «من هؤلاء»، ودخل فى العتق من ولد بعد؛ لأنه بعد موته كالمعتق[2] إلى أجل، فموته أثبت له عقد العتق، وسقط تخيير الميت.

وإن قال: عشرة ممن يكون فى ملكى يوم ينظر فى ثلثى، ولم يقل: «من هؤلاء»، دخل جميع الأولاد، ولد فى الحياة أو الممات، وأقرع على كل واحد بانفراده، وكان المعتق فى عشرة من مائة وخمسين إن ولد لك واحد قبل وبعد، فإن حصلت القرعة لمن ولد قبل أو بعد أو الأم وحدها، عتق؛ لأنه علق العتق بمجهول ممن يكون يوم الحكم.

تنبيه: إذا أعتق فى مرضه عبيدًا، لا مال له غيرهم، فمات بعضهم قبل موت السيد، أقرع بين الباقين، ولا يدخل الذى مات.

وقال (ش): يدخل، فإن خرجت قرعته عتق من يوم أعتقه، وإن خرجت له قرعة رق، أو خرجت على أحد الباقين قرعة حرية، بطلت، وصار كأنه لم يكن، ووقعت القرعة بين من بقى، فإن كانوا ثلاثة، فخرجت للميت، رق الأحرار، أو خرج له[3] سهم الرق أقرع بين الباقين، وبطل حكم الميت، ويعتق ثلث ما بقى كمذهبنا.

لنا: أن عتق المريض موقوف على الثلث بعد الموت؛ كالوصية بعتقهم: فلم يتقرر حكمه إلّا بعد الموت، ولم يؤجل حينئذ إلا الأحياء، ولأنه لا يحصل للوارث شىء إلا بعد حصول الثلث للميت على الوجه الذى رسمه، وإنما كان قصده حصول الحرية فى عبد فتتم خدمته، فإذا حسبنا الميت حصل مقصود الوارث دون المعتق.

ولأنه يؤدى إلى إخراج الثلث قبل موت الموصى؛ فيلزم ملك الوارث الثلثين قبل موته.

ولأنها حرية موقوفة على موته كنفسها[4] على الوصية إذا مات أحدهم.

---

(١) فى ط: لقوله.
(٢) فى ط: كالمعتقة.
(٣) فى ط: لهم.
(٤) فى ط: لنفسها.

احتجوا بأنه إذا وقعت على الميت قرعة الحرية حصل للمعتق ثواب العتق؛ لأن ثوابه بالعتق لا يطول حياة العتيق، أو قرعة الرق، بطل حكمه، ولم يحسب عليهم، كما لو أوصى وله مال غائب فهلك، لا يحسب ذلك المال؛ لأنه لم يثبت عليه لهم يد.

ولأن العبد الموصى به لإنسان إذا تلف بعد موت الموصى وقبل قسم التركة، لم يكن للموصى له فى التركة شيء، فكذلك المعتق.

والجواب عن الأول: لا نسلم[1] حصول ثواب للمعتق[2] لعدم تقريره وموت العبد رقيقًا؛ بدليل منع شهادته، وكما لا يحسب المال الغائب على الوارث، فكذلك لا يحسب على الموصى له.

وعن الثانى : أن مثاله عتق عبد معين فى مرضه فيموت فى مرض سيده، فإنه لا يعتق من تركته بدله، وأما ههنا فى الثلث، فيكون الموت قبل موته من التركه؛ لأن الثلث يجوز بعد الموت.

فرع فى الكتاب: إن قال فى صحته: إن كلمت فلانا فرقيقى أحرار، .فكلمه فى مرضه، ثم مات، عتقوا إن حملهم الثلث أو ما حمله بالقرعة، ورق الباقى، كمن بتلهم فى المرض؛ لأن الاعتبار بحال الحنث لا بحال التعليق؛ لأنه حال كمال السبب.

ولأنه عتق فى حال المرض [كالمبتل.

وقاله][3] ابن حنبل، وقال: يعتبر من رأس المال؛ نظرًا لحالة الحلف.

وإن قال: إن لم أفعل فمات ولم يفعل، عتقوا إن حملهم الثلث، أو مبلغه من جميعهم بالحصص بلا قرعة، ويدخل معهم كل ولد ولد لهم بعد اليمين من إناثهم، فيقوم معهم فى الثلث، وهم كالمدبرين.

وإن قلت فى صحتك لعبدك: إن دخلت هذه الدار فأنت حر، فدخلها فى مرضك، ثم مت منه – عتق فى الثلث، وكذلك المرأة فى الطلاق إذا طلقت[4] فى

---

(١) فى ط: يسلم.
(٢) فى ط: لعتق.
(٣) فى ط: كالمثل وقال.
(٤) فى ط: دخلت.

المرض، وترثك وإن انقضت عدتها، كما لو طلقتها فى مرضك؛ لما تقدم.

قال ابن يونس: وكانت يمينه فى المرض: إن لم أفعل فمات قبل الفعل، قيل: يعتق بالحصص كالمديون.

وقيل: بالسهم كالمبتلين.

فرع :فى الجواهر: إذا أعتقت المريض على ترتيب بدئ السابق، لأن تقدم السبب يعين المسبب له.

فرع: لا يتعين للقرعة الورق، بل الخشب وغيره، ويمتنع الخطر، نحو إن طار غراب فلان يتعين للحرية ونحوه.

وصورة التجزئة: قسمتهم ثلاثة أجزاء متساوية فى القيمة، فإن لم يتساو عددهم خير الخسيس بالتفليس، فإن لم يكن كما إذا كانوا ثمانية أعبد، قيمة كل واحد مائة، أقرع بين جميعهم، فمن خرج سهمه الذى يليه، حتى ينتهى إلى كمال الثلث بواحد أو ببعضه، فإن يخرج أوراق الربع واحد بعد واحد.

فرع: إذا أبهم العتق بين جاريتين وقلنا: يتخيران[1]، فوطئ إحداهما، تعينت للبقاء، وكذلك اللمس بالشهوة.

فرع: قال: إذا قال: «إن أعتقت غانمًا فسالم حر»، فأعتق غانمًا، وكل واحد ثلث ماله، عتق غانم، ولا قرعة؛ لأنه ربما تخرج على سالم، فيعتق من غير وجود الصفة.

الخاصية السادسة: الولاء:

وفى التنبيهات: الولاء بفتح الواو ممدود من الولاية بفتح الواو، وهو من النسب والعتق.

وأصله: الولاء وهو القرب.

وأما من الإمارة والتقديم فبالكسر، وقيل بالوجهين فيهما.

والولاء -لغة- يقال: للمعْتِق والمُعْتَق وأبنائهما، والمناظر، وابن العم، والقريب، والغاصب، والحليف، والقائم بالأمر، وناظر اليتيم، والتابع[2] المحب،

---

(١) فى ط: تجزأت.

(٢) فى ط: النافع.

والمراد به ههنا: ولاية الإنعام والعتق.

والنظر فى سببه وحكمه، فهما نظران.

النظر الأول: فى سببه:

وفى الجواهر: هو زوال الملك بالحرية، فمن زال ملكه بالحرية عن رقيق فهو مولاه، سواء نجز، أو علق، أو دبر، أو استولد، أو كاتب، أو أعتق بعرض، أو باعه من نفسه، أو أعتق عليه، إلّا أن يكون السيد كافرًا والعبد مسلمًا، أو عبدًا أعتق بإذن سيده فى حالة يجوز له فيها التبرع، فإن كان السيد كافرًا فأسلم العتيق، فمتى أسلم السيد فولاؤه عليه باق، وإن مات العتيق قبل إسلامه ورثه أقرب الناس للكافر من المسلمين.

وأما العبد فلا يرجع الولاء إليه أبدًا.

وإن عتق وهو محالف للمكاتب، فإن أعتقه بغير إذن سيده ولم يعلم حتى عتق العبد فالولاية له دون السيد.

وحقيقة الولاء: أنه لحمة كلحمة النسب، فإن العتق سبب لوجود العتيق بإحياء عباداته، وولايته المناصب، وصرف[١] اكتسابه عليه، كما أن الأب سبب وجود الابن، وإليه الإشارة بقوله ﷺ: «لَنْ يَجْزِى وَلَدٌ وَالده حَتَّى يَجِدَهُ رَقِيقًا فَيَشْتَرِيهُ فَيُعْتِقَهُ»[٢] أى: يوجده حكمًا [كما][٣] أوجده حسًا، [ولذلك لو][٤] شرط لغير المعتق لم يصح كالنسب.

فرع: فى الكتاب: إن أعتق عن غيره بأمره أم لا، فالولاء للمعتق عنه، أو سائبة لله، فولاؤها للمسلمين، وعليهم العقل، ولهم الميراث، أو عن عبد رجل، فالولاء للرجل ولا يجره[٥] غيره، كعبد أعتق عبده بإذن سيده ثم[٦] أعتقه سيده فالولاء له.

وقال أشهب: يرجع إليه الولاء؛ لأنه يوم عقد[٧] عتقه لا أذن سيده فيه ولا رد.

(١) فى ط: وصدق.
(٢) تقدم.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: وكذلك أو.
(٥) فى ط: يجده.
(٦) فى ط: لم.
(٧) فى ط: عقل.

في النكت: نهى النبي ﷺ عن نقل الولاء وعن هبته[١]، والعتق عن الغير كذلك، ولأنه معروف [يجر بقول قائل][٢].

والجواب عن الأول: أنه نهى عن ولاء [تقرر للأول][٣]، وهذا لم يتقرر ابتدأ إلّا لمعتق عنه.

وعن الثاني: أن الحق فيه له ولمن بعده ممن يدور الولاء له، فليس له إبطال حق الغير.

قلت: الأوقاف والأموال تنتقل للغير، ومع ذلك القبول شرط.

بل الجواب: أن العتق غلب فيه حق الله تعالى؛ بدليل أنهم إذا اتفقوا على عدم التقويم لا يصح.

قال بعض القرويين فيمن أعتق عن عبد غيره: إن ابن القاسم أراد أن سيد المعتق عنه علم بذلك، فلذلك كان الولاء له، ولم يعد لعبده إن أعتق فيصير كعتق العبد بإذن سيده.

أما إن لم يعلم حتى عتق العبد: فالولاء للمعتق عنه: كالعبد يعتق عبدًا ولاية السيد حتى يعتق والولاء لمن أعتق عنه ميتًا أو حيًا، وقد أعتق جماعة من الصحابة سوائب فلم يرثوهم، وكان ميراثهم للمسلمين، وقال عمر رضي الله عنه: ميراث السائبة لبيت المال.

ولأن معتقها أعتق من المسلمين، والسائبة المنهي عنها إنما هي عتق الأنعام.

والسائبة: أن يقول له: «اذهب فأنت سائبة»، يريد: الحرية.

ولم يختلفوا في عتق الوصي عن الميت أن ولاءه للميت، وفي الموطأ: أن سعد ابن عبادة قال: يا رسول الله ﷺ: إن أمي هلكت وليس لها مال، أينفعها أن أعتق عنها؟ فقال النبي ﷺ: «نعم»[٤] فأعتق عنها.

وفي حديث آخر: «أَعْتِقْ عَنْهَا وَتَصَدَّقْ؛ فَإِنَّهُ سَبَبٌ لَهَا»، وأعتقت عائشة - رضي الله عنها -عن عبد الرحمن بن أبي بكر رقابًا كثيرة بعد موته، وكان ولاؤهم لمن

---

(١) تقدم.
(٢) في ط: يجد بقوله قال.
(٣) في ط: تقرير الأول.
(٤) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٧٧٩) (١٣).

يرث الولاء عن أخيها.

وقوله تعالى: «وفى الرقاب» هى الرقبة تعتق من الزكاة، فولاؤها للمسلمين.

قال محمد: وإن أعتق عبده بشرط أن ولاءه لفلان، بطل الشرط، وهو للمعتق، إلّا أن يقول: «أنت حر عن فلان»، وإن قال: «أنت حر عن فلان وولاؤك لى» بطل الشرط، وهو للمعتق عنه.

وإن قلت لمدبرك: «أنت حر عن فلان»، عتق وولاؤه لك؛ لأنه تابع لعقد التدبير.

قال ابن القاسم: وإن بعت مدبرك بشرط العتق، فأعتقه المشترى، فولاؤه للمشترى، وإن أعتقت أم ولدك عن رجل، نفذ العتق، وولاؤها لك، وكذلك بيعها ممن يعتقها، كما لو أعطاه مالًا على عتقها.

وقال سحنون: يبطل العتق وترد إليك تبقى أم ولد.

وإن بعتها بغير شرط العتق، فأعتقها المشترى: قال محمد: ينقض العتق، وترجع أم ولد سيدها، ويرد الثمن، بخلاف المدبر؛ لتأكد عتقها.

قال اللخمى: بيع الولاء لا يجوز للحديث؛ ولأنه غرر لا يدرى: هل لا يتبع بإرثه وغيره أم لا؟ وأما الهبة: فلأنها هبة لما بعد موت المعتق، فهى هبة لملك الغير، وتختلف، هل يصح فيما يكون فى حياة الواهب؛ لأنه وهب ما يكون من الميراث فى صحته، كما لو وهب فى صحته ما يرث من أبيه، وقد اختلف فيه.

وإن وهب ذلك فى مرض المولى، صحت الهبة على المشهور، والولاء للنعتق، وأعتقه عن نفسه، وأن يكون المعتق كأصل الحرية ليس مدبرًا، ولا مكاتبًا، ولا معتقًا إلى أجل، ولا معتقا بعضه، والتساوى فى الدين فيكونان مسلمين أو نصرانيين، فإن انخرم أحدهما لم يثبت له الولاء.

وعن مالك: لا يعتق أحد سائبة؛ لنهيه ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته[1].

وعن ابن القاسم: يمنع ابتداء، فإن وقع فالولاء للمسلمين، ويتخرج على هذا العتق عن الحى أو الميت.

وعن عبد الملك: الولاء للسيد دون المعتق.

(١) تقدم.

[و][١] فى المقدمات: منشأ الخلاف فى المسألة: المنع؛ لأنه هبته للولاء، والقائل بالجواز فهم أن مراده: جعل الولاء للمسلمين ابتداء، ولم يتحقق عند ابن القاسم مراده؛ فكرهه ابتداء.

ولو قال: «أنت حر عنى، وولاؤك للمسلمين» لم يختلف أن الولاء له دون المسلمين.

أو: «أنت حر عن المسلمين، وولاؤك لى»، لم يختلف فى جوازه، وأن الولاء للمسلمين.

تمهيد:

قال (ش)، و (ح): ولاء السائبة للمعتق.

لنا: ما تقدم.

ولأن المعتق ملكهم ملك المسلمين فى عتقه، فهو كالوكيل عنهم، كأرباب الزكاة.

ولأن الولاء كالنسب، ولما كان له أن يتزوج ويتسرى فيدخل النسب على عصبته بغير اختيارهم؛ فكذلك الولاء، والولاء يرجع للميراث، والإنسان يتزوج فيلد من يرثه المسلمون.

احتجوا: بأن العرب كانت تسيب الأنعام والعبيد، فنهوا بالآية.

ولأنه لو صرح بقوله: «لا ولاء لى عليك»، لم يبطل ولاؤه، فأولى[٢] فى قوله: «أنت سائبة».

وعتق الإنسان عن أبيه إنما جاز لأن النسب قد يلحق بأبيه، فكذلك يعتق عنه، والمسلمون يرثون بالدين لا بالنسب.

ولقوله ﷺ «الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[٣].

والجواب عن الأول: أنه لم يعرف عنهم فى العبيد.

وعن الثانى: أنا نلتزمه، فإذا قال: لا ولاء لى عليك، يكون ولاؤه للمسلمين.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: وأولى.

(٣) من حديث عائشة أخرجه البخارى (٩/ ٣١٥) كتاب الطلاق: باب لا يكون بيع الأمة طلاقًا (٥٢٧٩) ومسلم (٢/ ١٤٤-١٤٥) كتاب العتق: باب إنما الولاء لمن أعتق (٤/ ١٥٠٤).

وعن الثالث: أن النسب يلحق -أيضا- بالمسلمين؛ لأنهم عصبة من لا وارث له.

وعن الرابع: أن الوارث يرث بالدين لا بالنسب؛ لأنه لو كان كافرًا ما ورثه المسلم.

وعن الخامس: أنه مطلق فى الأعيان، فحمله على من أعتق عن نفسه، وإلا لزم عتق الوكيل، وقال (ش): إن أعتق عن الغير بأمره، فالولاء لمن أعتق عنه، أو بغير أمره فالولاء للمعتق(١).

وقال (ح): للمعتق(٢) مطلقًا.

لنا: ما تقدم.

احتجوا: بقوله ﷺ: «الأَعْمَالُ بالنِّيَّاتِ، وإِنَّمَا لِامْرِئٍ مَا نَوَى»(٣) ولأنه إذا أعتق بأمره، كأنه ملكه، وأعتق عنه بالوكالة.

والجواب عن الأول: أنه لنا؛ لأنه نوى أن يكون الولاء للمسلمين.

والجواب عن الثانى: أن الإذن ليس شرطًا؛ لأنه لو أعتق عن محجور عليه وقيل: [ولاؤه لك](٤) صح، فيفرض من أعتق عن المسلمين بإذن الإمام، فإنه لا ضرر على المسلمين فى ذلك، وإذا صح ذلك صح فى جميع الصور؛ لأنه لا قليل يفوت.

فإن قيل: ولاية اليتيم خاصة؛ لأنه يبيع(٥) ماله، ويخرج جميع ما يلزمه، وولاية الإمام عامة.

قلنا: يلزمكم أنكم وافقتم إذا مات وعليه كفارة، فأعتق عنه ولده، وقع العتق، وكان الولاء للمعتق عنه، ولا إذن للميت.

قاعدة: التقديرات الشرعية: إعطاء الموجود حكم المعدوم؛ لما(٦) تدعو إليه

---

(١) فى ط: للعتق.
(٢) فى ط: لمعتق.
(٣) تقدم.
(٤) فى ط: وليه ذلك.
(٥) فى ط: يتبع.
(٦) فى ط: كما.

الضرورة من الجهالة والغرر فى العقود، والنجاسات من دم البراغيث ودماء الجراح فى العبادات، وتقدير عدم العصمة إذا قال لها: أنت طالق اليوم إن قدم زيد غدًا، فإن الإباحة حاصلة اليوم إجماعًا، فإذا قدم زيد غدًا قدر رفعها.

وكذلك إذا اشترى أمة، ووطئها سنةً، ثم ظهر على عيبها، فردها، وقلنا: الرد بالعيب فسخ للعقد من أصله - فإن الإباحة السابقة يقدر عدمها.

وإعطاء المعدوم حكم الموجود، كتقدير[1] ملك الدية للمقتول خطأ حتى تورث عنه، فإن الميراث فرع الملك، والملك بعد الموت محال، وقبله فى الحياة فى الدية محال؛ لأن سببها زهوق الروح.

وكتقدير الملك للمعتق عنه، فيقدر أنه ملكه وأعتق عنه بطريق الوكالة وهو متجه[2] فيما إذا أذن له فيكون ذلك الإذن توكيلًا فى نقل الملك والعتق.

أو أعتقه عن كفارته بغير إذنه، فإن كونها واجبة عليه، وظاهر حاله يقتضى القيام بالواجب فهو كالإذن فى العتق، فإن لم يأذن فهو مشكل فى التطوع، أى: أن يلاحظ تغليب حق الله -تعالى- فى العتق عن المسلمين من الزكاة وعن الميت.

فرع: فى الكتاب: إن أعطيته مالًا على تعجيل عتق عبده ومدبره: لزمك المال، والولاء له؛ لأنك معين لا معتق، وإن كان العتق إلى أجل امتنع، كأخذ المال على الكتابة أو التدبير؛ لأنه غرر، وإن أعتقت العبد عن امرأته الحرة فولاؤه لها، ولا يفسخ النكاح؛ لأنها لم تملكه إلّا بدفع مال لك؛ لأنه شراء، وسوى أشهب.

قال ابن يونس: قال محمد: فإن وقع الغرر فى العتق إلى أجل، أو التدبير أو الكتابة، فيرد ما أخذ من المال، و لا يكون له من ثمنه شىء؛ لفساد العقد.

وقال أشهب: يمضى ذلك كله ويأخذ المال؛ لأن الفاسد يثبت بالعتق.

قال ابن القاسم: إن باعه على أن يدبره المبتاع أو يعتقه إلى أجل امتنع؛ لأن مقصود العتق قد لا يحصل بموت السيد أو العقد أو حدوث الدين، فإن فات العتق[3] بذلك، فالولاء للمبتاع؛ لتقرر الملك له بالقرب، وللبائع الأكثر من القيمة يوم القبض، أو الثمن؛ لأنه رضى أن يأخذه بذلك.

---

(١) فى ط: كتقديم.
(٢) فى ط: سحة.
(٣) فى ط: بالعتق.

وكذلك إن بعتها على أن يتخذها أم ولد.

قال اللخمى فى دفع المال ليدبر، ونحوه: قال سحنون: يوقف المال، فإن حصلت الحرية أخذه، وإلَّا رده.

وقول أشهب حسن؛ لأن هذا يراد به المعروف والتعاون على القرب دون المكايسة؛ ولذلك يختلف إذا دفعه على الكتابة.

وإذا دفعت الزوجة مالًا لسيد زوجها على أن يعتقه، ولم تقل: «عنى»، فالولاء للسيد، والزوجية باقية؛ لأنها لم تملكه.

أو قالت: «عنى»، فالولاء لها، وانفسخ النكاح عند ابن القاسم؛ لأنها ملكته، ولا ينفسخ عند أشهب؛ لأنها لم تشتره(١) وإنما أعانت حروفًا.

وإن قالت: «أعتقه» ولم تقل: «عنى»، فالولاء له، والنكاح باق، وإن سألته أن يعتقه عنها، فالولاء لها، وينفسخ النكاح على قول ابن القاسم؛ لأنها استوهبته دون أشهب.

وإن أعتق عنها بغير أمرها، فالولاء لها، والنكاح ثابت، قولًا واحدًا.

فرع: فى الكتاب: إن أعتق عن أبيه النصرانى، فلا ولاء له، وولاؤه للمسلمين؛ لأنه لا ميراث مع اختلاف الدين، وإن كان العبد نصرانيًا، فولاؤه لأبيه.

وإن أعتق النصرانى نصرانيًا فأسلم، وللسيد وارث مسلم رجل: كأب، وأخ، وابن عم - فولاؤه له، وإن كان العبد حيًا، ولا يحجب وارثه، كما لو مات ولد النصرانى مسلمًا ورثة عصبته(٢) المسلمون، فإن أسلم السيد يرجع إليه الولاء.

وإن أعتق نصرانى عبدًا قد أسلم، أو ابتاع مسلمًا فأعتقه، فالولاء لجماعة المسلمين، ولا يرجع إليه إن أسلم، فإن أعتق نصرانى نصرانيًا إلى أجل أو كاتبه، فأسلم العبد قبل الأجل - بيعت الكتابة وأجل المؤجل، فإذا حل الأجل وأدى المكاتب عتق، وولاؤه للمسلمين؛ لمنع الكفر من التوارث، فإن أسلم رجع إليه؛ لزوال المانع.

ولأنه عقد له العتق وهو على دينه، فإن كان العبد مسلمًا فأعتقه بتلًا، أو إلى أجل وكاتبه، ثم أسلم السيد قبل الأجل، أو أداء(٣) الكتابة أو بعد ذلك، فإن أعتق العبد

---

(١) فى ط: تسره.
(٢) فى ط: عبته.
(٣) كذا فى ط.

فولاؤه للمسلمين.

وإن أسلمت أم ولده؛ فعتقت عليه، فولاؤها للمسلمين، فإن أسلم رجع إليه.

قال ابن يونس: إذا أعتق نصرانى من العرب من بنى تغلب عبدًا نصرانيًا، ثم أسلم، فميراثه لعصبة السيد المسلمين، وجناية العبد بعد إسلامه يعقلها بنو[١] تغلب.

وقال أشهب: إذا أعتق النصرانى الذمى نصرانيًا فأسلم العتيق، ثم جنى وسيده نصرانى، لا يلزم ذلك ورثة السيد المسلمين، ولا قرابته، ولا سيده إن أسلم، بل بيت المال؛ لأنه لو أسلم سيده، ثم جنى خطأ يبلغ ثلث الدية فأكثر، لم يكن على عصبته وقومه شيء، بل بيت المال، بخلاف القربى.

وإذا دبر النصرانى نصرانيًا ومات السيد على النصرانية، عتق فى ثلثه، وولاؤه للمسلمين، إلّا أن يكون لهذا النصرانى ورثة مسلمون، فإن حمل الثلث نصفه رق باقيه، وإن كان ورثته نصارى بيع عليهم ما رق، وولاء ما عتق للمسلمين، وإن كانوا مسلمين: فما رق للمسلمين؛ لأن ورثته لا يرثونه، وإن لم يكن له وارث: فما رق للمسلمين.

والفرق بين ما تركه النصرانى من الموالى، وما تركه من مال: أن المولى[٢] كولد حدث له فأسلم؛ لأن الولاء كالنسب، فإخوته المسلمون يرثونه، فكذلك يرثون المولى[٣]، والمال يورث عنه إن كان على دينه؛ لأن شرط التوارث اتحاد الدين، وإنما كان بيت المال يرث ما تركه النصرانى من ولده المسلمين؛ لأن السنة مضت أن يرثه عصبته المسلمون؛ فصار كمن لا وارث له، وإذا أعتق الكافر المسلم، لا يرجع إليه الولاء إذا أسلم؛ لأنه يوم أعتق لم يكن له ولاء وإن أعتقه على دينه فولاؤه له؛ لأنه يجوز له ملكه، فيرجع [إليه الولاء][٤] بالإسلام.

وإن أسلمت أمته فأولدها بعد إسلامها عتقت عليه، وولاؤها للمسلمين، ولا يرجع إليه؛ لأنه أولدها بعد إسلامها، ويمتنع عليه ملكها، ولو أسلم قبل أن تعتق

---

(١) فى ط: من.
(٢) فى ط: الموالى.
(٣) فى ط: الموالى.
(٤) فى ط: إلى الاباء.

عليه؛ لبقيت فى ملكه، وتعتق من رأس ماله بعد موته، وولاؤها للمسلمين؛ كما لو دبر عبده أو كاتبه بعد إسلامه، فلم يؤجل المدبر، ولا بيعت كتابة المكاتب حتى أسلم السيد - فإنهما يبقيان على حالهما بيده، فإذا عتقا فولاؤهما للمسلمين؛ لأنه عقد لهما ذلك، وهم مسلمون.

وقال (ش) و (ح): إن أسلم العبد فأعتقه قبل بيعه عليه فولاؤه له؛ لأنه أعتق قبل زوال ملكه، والولاء لمن أعتق.

وجوابه: منعنا من بيعه عليه بعتقه؛ ليبقى له الولاء؛ فيمنع من الولاء كالملك.

وإذا أعتق المسلم نصرانيًا: قال مالك: يرثه ولده الذى على دينه دون أخيه وغيره؛ لأن الولد مولى من عتق أبوه.

وعنه: لا يرثه ورثته الكفار، بل المسلمون.

وعنه: يرثه ابنه وأبوه دون غيره.

وعنه: يرثه إخوته.

قال ابن القاسم: يرثه كل وارث من القرابة.

وقال المخزومى: لا يرثه مولاه أبدًا، بل ولده، وإلّا فبنو عمه، وإلّا فمن أخذ ميراثه من النصارى، فإن لم يطلب ميراثه أحد، أوقفناه فى بيت المال، ولا يكون فيئًا.

فتلخص - إن لم يترك ورثة - خمسة[1] أقوال:

ماله للمسلمين دون الورثة.

لولده خاصة.

لأبيه وابنه.

لهما ولأخوته.

لكل من يرث من القرابة، وهو مذهب المدونة.

قال ابن القاسم: إذا كاتب المسلم عبده النصرانى، وكاتب المكاتب عبدًا له، ثم أسلم الأسفل، أو جهل بيع الكتابة حتى أديا جميعًا فعتقا - فولاء الأعلى لسيده، ولا يرثه؛ لاختلاف الدين، بل المسلمون، وإن أسلم ورثة السيد عند عدم القرابة،

(١) فى ط: ثلاثة.

وولاء الأسفل للسيد الأعلى ما دام سيده نصرانيا، ولو ولد للمكاتب الأعلى ولد بعد العتق فبلغ وأسلم، ثم مات ورث مولى أبيه، وإن أعتق عبيدًا مسلمين وماتوا، ورثهم بيت المال؛ لأن ولاءهم لم يثبت لهذا النصرانى حين أعتقهم فيجره إلى سيده، فإن أسلموا بعد العتق ورثهم السيد دون[1] مولاهم، أو ولد مسلم إن كان لهذا المكاتب النصرانى، وكل من لا يرجع إلى النصرانى ولاؤه إذا أسلم، فليس لسيده من ذلك الولاء شىء، فكل ولاء إذا أسلم رجع إليه، فذلك الولاء ما دام نصرانيًا لسيده الذى أعتقه.

قال اللخمى: إذا أعتق النصرانى نصرانيًا، فله ولاؤه، ويعقل عنه أهل جزيته، فإن مات معتقه، ثم مات العتيق، ورثه من له الولاء عند أهل دينه.

فرع: فى الكتاب: يمتنع عتق المكاتب والعبد وتدبيرهما بغير أذن السيد، وللسيد رد ذلك؛ لأنه تنقيص لماله، فإن ردهم يلزمهما إذا أعتقا؛ لأن رد السيد فسخ، وإن لم يعلم حتى عتقا نفذ، والولاء لهما؛ لعدم الفسخ، إلّا أن يستثنى السيد مال عبده عند العتق، ويرد فعل العبد، ويرجع معتق العبد رقيقًا للسيد.

وما أعتقا بإذن السد جاز، والولاء للسيد؛ لأنه كالمعتق فى المعنى بإذنه.

وإذا أعتق المكاتب رجع إليه الولاء؛ لأنه ليس له انتزاع ماله، وإن عتق العبد لا يرجع إليه الولاء، وأم الولد فى العتق كالعبد؛ لأنها رقيق، وله انتزاع مالها.

قال ابن يونس: قال محمد: إذا علم السيد ولم يرد، هو كعدم علمه؛ كالأخذ بالشفعة، والرد بالعيب.

وأصل مالك: أنّ من له انتزاع ماله، فولاء من أعتق بإذنه، ومن لا فلا، كالمكاتب.

فإن أعتق المدبر وأم الولد فى مرض السيد بإذنه: فقال أصبغ: الولاء لهما؛ لتعذر نزع المال حينئذ.

وقيل: للسيد؛ لأنه لو صح انتزع، وقاله أشهب فى المعتق بعضه يعتق بإذن سيده، ولا يرجع، وإن امتنع النزع، وخالفه ابن القاسم.

وقال محمد: عتق المدبر وأم الولد بإذنه فى المرض موقوف، إن مات فالولاء

(١) فى ط: سيد.

لهما، وإلّا فله؛ لكشف الغيب عن امتناع النزع وجوازه.

وكذلك المكاتب [يعتق ثم يعجز][١] لا يرجع إليه الولاء؛ لانكشاف الغيب عن إمكان النزع.

فإن أعتق عبد مشترك فيه عبدًا بإذن أحد الشريكين، ولم يعلم الآخر حتى أعتقاه - أن ولاء ذلك العبد له دون سيديه ما بقى العتيق أو عصبته الأحرار؛ لتعذر النزع فى المال على السيد دون الآخر؛ قاله ابن القاسم.

وفى العتبية: إن أعتق المعتق بعضه بإذن من له فيه الرق، فالولاء بين المعتق لبعضه والمتمسك نصفين، فإذا عتق رجع إليه، وإن أعتق نصفه فله رد عتقه.

قال مالك: إن أعتق المدبر أو الموصى بعتقه بعد موت السيد وقبل التقويم فى الثلث - وقف عتقه، فإن خرجًا منه انعدما، أعتقا أو جنيا بعتقه، وإن خرج البعض رد العتق كله لتعيين الحجر. قال ابن القاسم فى الكتاب: إن أعتق المكاتب عبده على مال العبد امتنع؛ لأن له انتزاعه، وإلّا جاز على وجه النظر؛ لأن له مكاتبة عبده على وجه النظر، وإن كره السيد. فإذا أدى المكاتب كتابته، فله ولمكاتبه، وإلّا فللسيد.

وفى الكتاب: قلت للمكاتب: «أعتق عبدك على ألف»، ولم تقل: «عنى»، جاز، إن كان الألف ثمن العبد أو أكثر، والولاء للمكاتب إن عتق وإلّا فللسيد، ولا شىء لك؛ لأنك معين لا معتق.

وإن حابى المكاتب المشترى حين قال له: «أعتقه»، ولم يقل: «عنى»، لم يكن للسيد إلّا إجازة ذلك، أو يرده، أو ينقض العتق.

والفرق: أنه إذا قال: «أعتقه عنى» فكأنه اشتراه وأعتقه؛ فوجب عليه غرم المحاباة، وإن لم يكن له مال رد من عتق العبد بقدر ذلك؛ لأنه دين قبل العتق، وإذا لم تقل[٢]: «عنى»، فإنما دفعت المال ليعتقه عن نفسه، فهو كعتقه، فإما يجيزه السيد أو يرده، وإما رغبة فى أنك اشترطت عليه الولاء لك، أو[٣] أنك قلت له: «عنى»، صدق مع يمينه، فإن نكل حلفت ولك الولاء.

قال اللخمى: وإن أعتق العبد بغير إذن سيده، فعلم به فأجازه، فهو كالعتق بإذنه،

(١) فى ط: يعجز ثم يعتق.
(٢) فى ط: يقل.
(٣) فى ط: و.

وإن علم ولم يرد فقولان.

وقيل: إذا لم يعلم حتى عتق العبد، فالولاء للسيد.

وإذا أعتق المكاتب فمات العتيق قبل العجز أو[1] الأداء ورثها السيد الأعلى إن لم يكن له نسب دون نسب المكاتب، ولا يجر الولاء حتى يستكمل الحرية، فإن [مات][2] بعد الأداء وموت المكاتب الذى هو سيده الأدنى، ورثه ولدهم الذين كانوا معه.

فرع: فى الكتاب: إذا كاتب المسلم عبده النصرانى، وكاتب المكاتب عبدًا له نصرانيا، ثم أسلم الأسفل، فلم تقع الكتابة وجهل ذلك حتى أديا جميعًا فعتقا، فولاء الأعلى لسيده، ولا يرثه لاختلاف الدين، ويرثه المسلمون، ولو أسلم كان ميراثه لسيده، وولاء الأسفل للسيد الأعلى ما دام سيده نصرانيا، وإن ولد للمكاتب الأعلى بعد العتق ولد فبلغ وأسلم ومات، فولاؤه لورثة مولى أبيه، وأما إن أعتق عبدًا مسلمًا، ومات عن مال، ورثه المسلمون؛ لأنه لم يثبت له ولاؤه فيجره للسيد، وإن تأخر إسلام العبد بعد عتقه، ورثه سيده أو ولده المسلم إن وجد لهذا المكاتب النصرانى.

وكل من لا يرجع إلى النصرانى من ولائه شىء إذا أسلم هو، فليس لسيده الذى أعتقه.

فرع: قال: إذا أعتق حاملًا من زوج حر، فولاء جنينها للسيد؛ لأنه المعتق.

وقال عطاء بن أبى رباح: ميراثه لأخيه.

قال ابن يونس: قال محمد: إذا أعتق أمته الحامل من العبد، ووضعته بعد العتق، ثم حملت بآخر ولدته: فميراث الولدين لمعتق الأب والأم يرثهما جميعًا بالنسب، فإن مات قبلها ثم مات بعده ورث الأول مولى الأم، والثانى مولى الأب.

فرع: فى الكتاب: قال يحيى بن سعيد: إن تزوج أمة بغير إذن سيده، فأولدها فعتق الولد قبل أبويه، ثم عتقا، فيرثاه ما بقيا.

قال مالك: فإن ماتا[3] فولاء الولد لمن أعتقه، ولا يجر الوالد ولاء ولده لسيده،

---

(١) فى ط: و.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: مات.

وإنما يجر إليه ولاء ولده من زوجته الحرة، وأما الأمة فولاؤها لمعتقهم؛ لقوله ﷺ: «إِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[١].

قال ابن يونس: قال مالك: وما ولد للمدبرة[٢] أو المكاتبة من زوج حر أو مكاتب، فولدها[٣] ولاؤه لسيدها دون سيد الأب.

قال ابن القاسم: وكذلك لو وضعته المكاتبة بعد الأداء إذا مسه الرق فى بطنها؛ لأن الأم أقوى فى تبعية الولد؛ بدليل الرق والحرية[٤].

وإذا مات مكاتب وترك ولدًا من زوجة حرة، وأولادًا[٥] أخر حدثوا فى الكتابة من أمته، وترك وفاء الكتابة أو لم يترك، فأدى عنه ولده الحادث فى الكتابة، فلا يجر إلى سيده ولاء[٦] ولده الأحرار فى الوجهين؛ لأنه مات قبل تمام حريته، ولا يجر الولد الحادث فى الكتابة إلى السيد ولاء إخوته.

قال مالك: فإن كاتب المكاتب عبدًا له، ثم هلك المكاتب الأول وترك ولدًا حدثوا فى الكتابة، أو كاتب عليهم، وولدًا أحرارا فأدى ولده الذين فى الكتابة، كان ولاء المكاتب الأسفل إذا أدى لولد المكاتب الأول الدين فى الكتابة دون ولده الأحرار كفاضل ماله.

قال عبد الملك: ولاء[٧] الأسفل للسيد الأعلى دون ولد المكاتب الذين أدوا بقية الكتابة بعد موت أبيهم؛ لأن أباهم مات قبل تمام حريته.

قال ابن القاسم: وإن أدى المكاتب الأسفل قبل الأعلى، ثم أدى المكاتب الأعلى لرجع إليه ولاء مكاتبه الأسفل عند مالك؛ لأنه كان حائزًا لماله ونفسه.

فرع: قال اللخمى: إن دبر العبد أمته بغير إذن سيده، فأجاز أو بإذنه[٨] فذلك انتزاع، والولاء للسيد الأعلى، ويعتق من رأس ماله، والعتق معلق بحياة العبد،

(١) تقدم.
(٢) فى ط: للمدبر.
(٣) فى ط: فمنزلتها.
(٤) فى ط: للحرية.
(٥) فى ط: وولدًا.
(٦) فى ط: ولا.
(٧) فى ط: ولا.
(٨) فى ط: إذنه.

ويحرم عليه وعلى السيد وطؤها، فإن لم يعلم حتى عتق العبد فعلى القول: إن الولاء للعبد، يكون يعتق من ثلثه، والولاء له، ويجوز له وطؤها، وإن دبر المعتق إلى أجل قبل قرب أجله بإذن سيده، فهو انتزاع، وهو عتق إلى أجل، وإن قرب الأجل وامتنع نزع ماله فهو تدبير، فإذا انقضى الأجل عتق بموته من ثلثه.

وإن دبرت أم الولد فى صحته بإذنه فهو معتق إلى أجل من رأس مال السيد الأعلى، والعتق معلق بحياته[١]، أو فى مرضه فهو مدبر يعتق[٢] من ثلثها، ولو أعتقت بعد موت سيدها، ثم ماتت، ثم مات المولى، فولاؤه لولدها دون ولد سيدها[٣]؛ فإن لم يكن فلولد سيدها[٤]، لأن ولدها يرث بالنسب، وولد السيد بالولاء.

وإن دبر المكاتب خير سيده بين الإجازة والرد، وإن أجاز [منع][٥] المكاتب من الوطء؛ خوفًا أن يعجز فتكون معتقة إلى أجل، فلا تحل لواحد منهما، فإن [أدى كتابته][٦] كانت مدبرة تعتق من ثلثه، ولا يمنع عنها.

وإن دبر المعتق بعضه بإذن من له فيه رق فهو مدبر؛ لامتناع نزع ماله، ويجوز له الوطء، فإن مات عتقت من ثلثه، وأخذ المتمسك بالرق الباقى وهو الثلثان؛ لأنه مات المعتق بعضه قبل تمام حريته، وكل موضع يصح فيه التدبير يكون الولاء فيه للسيد الأسفل، وإلّا فمعتق إلى أجل والولاء للأعلى.

فرع: فى الكتاب: إذا أسلم عبد الحربى وخرج إلينا وأسلم بعد خروجه فهو حر، وولاؤه للمسلمين؛ لزوال الملك عنه بالخروج، وإن أسلم سيده بعده وقدم لم يرده فى الرق، ولم يرجع إليه الولاء، فأما إن أعتقه ببلد الحرب، ثم أسلم العبد وخرج إلينا[٧]، ثم خرج سيده فأسلم - رجع ولاؤه إليه إن ثبت عتقه إياه بشهود مسلمين؛ لثبوت الملك وقت العتق.

---

(١) فى ط: بحياتها.
(٢) فى ط: معتق.
(٣) فى ط: سدها.
(٤) فى ط: سدها.
(٥) سقط فى ط.
(٦) فى ط: أديا كتابيه.
(٧) فى ط: إليها.

وإن قدمت جاريته بأمان فأسلمت فولاؤها للمسلمين، فإن سبى أبوها بعد ذلك فعتق وأسلم جر ولاءها[١] لمعتقه؛ لأنه يملك ولاءها [أحرورة][٢] تقدم فيها أو فى ابنتها.

وقال سحنون: لا يجر الأب ولاءها؛ لأنه قد ثبت للمسلمين.

قال ابن يونس: إن قدم التاجر فأسلم فقدم أبوه بعده، وشهد مسلمون أنه أبوه، لحقه نسبه.

قال أشهب: عتق الحربى فى دار الحرب باطل، ولا ولاء له به، وإنما أعتق هذا العبد خروجه إلينا، ولو مات عندنا، بعثنا بتركته إليه؛ لأن القاعدة: أن عتق النصرانى باطل، إلا أن يسلم أحدهما، وإنما يصح كلام أشهب إذا أسلم العبد بعد خروجه، وعليه يدل كلام محمد، أما قبل خروجه فينتفى الوفاق عليه؛ لأن أشهب يجعله حرًا بإسلامه وإن لم يخرج إلينا، ولم يعتقه سيده، فكيف إذا أعتقه؟ فيكون ولاؤه لمولاه؛ لأنه أعتقه وهو على دينه، فإذا قدم مولاه، فأسلم، رجع إليه ولاؤه فى قول ابن القاسم وأشهب.

وإن أسلم عبد الحربى بيده: قال ابن القاسم: لا حرية له إلّا أن يخرج قبل سيده؛ فيكون حرًا بخروجه، فإن جاء سيده فلا ملك له، ولا ولاء له، أو جاء سيده قبله كافرًا أو مسلمًا كان له رقًا، وكذلك لو تقدم معه يوم يبيعه من مسلم إن لم يسلم، وذلك أنه خرج قبل سيده فقد غنم نفسه كما لو غنم غيره، وإن أسلم سيده قبل خروج العبد الذى أسلم لبقى ملكه عليه، وإن خرج العبد قبله، وجعله أشهب حرًا بإسلامه.

قال: لو صح ذلك ما كان ولاء بلال لأبى بكر - رضى الله عنهما - وقد أعتقه قبل إسلامه، فاضطر أشهب إلى أن قال: لم يكن ولاؤه لأبى بكر، وقد قال مالك: بلغنى أن بلالا طلب الخروج إلى الشام فى الجهاد، فمنعه أبو بكر - رضى الله عنهما - فقال له بلال: إن كنت أعتقتنى لنفسك[٣] فاحبسنى، أو أعتقتنى لله فخل سبيلى، فقال له: خليتك. وهو يؤيد قول ابن القاسم.

---

(١) فى ط: ولاءه.
(٢) كذا فى ط.
(٣) فى ط: لنفسه.

قال أشهب: لو أسلم سيده بعده بساعة ما كان له ولاؤه حتى يسلم قبله أو معه.

واتفق ابن القاسم وأشهب إن دخلنا دار الحرب وقد أسلم العبد وحده: أنه بذلك حر.

قال ابن القاسم: وذلك استحسان ولايته لخروجه إلينا.

قال ابن القاسم: إن أسلم ولد الذمى قبل أبيه، فلحق الأب بدار الحرب ناقضًا [للعهد][1] فيسبى ويباع ويعتقه المبتاع ويسلم - لا يجر ولاء ولده إلى معتقه؛ لأنه ثبت للمسلمين، وهو شبه قول سحنون فى الحربية التى قدمت بأمان.

قال: ويحتمل الفرق.

وعند ابن القاسم: أن ملك ابن الحربية ملك مجمع عليه، فإذا أعتق قوى فى جر الولاء، وملك الذمى الناقض[2] مختلف فيه؛ لأن أشهب يقول: هو حر يمتنع استرقاقه، وإن ولاء ولده قائم للمسلمين.

فرع: فى الكتاب: إذا أعتق الذمى عبدًا له نصرانيًا فأسلم، ولحق السيد بدار الحرب ناقضًا للعهد فسبى، ثم أسلم رجع إليه ولاؤه، ولا يرثه لما فيه من الرق، بل المسلمون إلّا أن يعتق قبل موته، ولا يرثه سيده الذى استرقه ما دام هو فى الرق، ولا يشبه ذلك المكاتب الأسفل يؤدى قبل الأعلى، ثم يموت عن مال، فهذا يرثه السيد الأعلى؛ لأنه قد أعتقه مكاتب هو فى ملكه، وهذا أعتق هذا، وهو حر قبل أن يملكه هذا السيد، فإن عتق فولاؤه له ولا يجره إلى معتقه الآن، وإنما يجر إليه ولاء ما يعتق أو يولد له من ذمى قبل، فأما ما تقدم له فأسلم قبل أن يؤسر فلا يجر ولاءه لمعتقه؛ لأنه ثبت للمسلمين، ولو صار هذا حين سبى فى سهم عبده الذى كان أعتقه فأعتقه، ثم أسلم هو أيضا، فولاء كل واحد منهما وميراثه لصاحبه.

قال ابن يونس: قال محمد فى عتق الذمى ثم يهرب: إنه يجر ولاء من أعتقه، وولاء ما كان أعتق قبل لحوقه بدار الحرب، وهو خلاف المدونة كجوابه فى الحربية وهما سواء لم يملك ولاءهما[3] أحد، وإن هرب ثانية لدار الحرب وحارب[4] فسبى

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: الناقص.
(٣) فى ط: ولاءهم.
(٤) فى ط: جاوب.

وبيع فأعتقه مشتريه، فولاؤه لمعتقه آخرًا، ولا [يجر إليه ولاء][١] ما عتق قبل لحوقه الثانى لدار الحرب، ولا ولاء ولده؛ لأن ولاءهم لمعتقهم أولًا، ولكن ما أعتق من الآن أو ولد له.

وفى المدونة: إن أعتق المسلم عبده النصرانى، فنقض العهد بغير عذر، وسبى واشترى فأعتق، فولاؤه للثانى، وما تقدم من ولد من حرة أو أعتق من عبد قبل نقضه - فولاؤهم للأول؛ لأن الولاء نسب ثابت، وهؤلاء لم ينقضوا العهد فينتقض ولاؤهم وحريتهم كالعبد يتزوج حرة فيولدها والأملاك تتداوله حتى يعتق، فولاء أولاده لمعتقه.

وقال أشهب: ناقض العهد يرد معه إلى حريته إلّا ولاء أولاده.

والفرق عند ابن القاسم بين هذا وبين القادمة بأمان فتسلم، فيصير ولاؤها للمسلمين، ثم يسبى أبوها ويعتق: أنه يجر ولاءها، لأن هذه لم يملك ولاءها أحد مسه عتق، ولو سبى أولا فعتقت لبقى ولاؤها، ولاء[٢] من أعتقت كمعتقها ولا ينتقل[٣] إلى معتق أبيها.

وإذا قلنا بما فى الكتاب: إذا سباه عبده فأعتقه وصار ولاء كل واحد لصاحبه.

قال محمد: إن مات أحدهما ورثه الباقى، وميراث الباقى للمسلمين.

وقال أشهب: يرجع الأول حرًا ويرد إلى ذمته، وله ولاء مولاه، وعلى القول الأول يجر إلى معتقه الآن ولاء ما تقدم له من عتق أو ولد من حرة إن لم [يمسه رق][٤]، ولا عتق، أما لو مسه فلا يجر ما تقدم له من ولاء عتق أو ولد إلى معتقه أحدًا.

فرع: فى الكتاب: إذا أعتق المسلم نصرانيًا، فلحق بدار الحرب ناقضًا للعهد، فسبى فهو[٥] فىء فإن عتق فولاؤه لمعتقه أخيرًا، فإن أعتق، فصار قبل لحوقه أو تزوج حرة نصرانية فولدت منه أولادًا ثم أسلموا، فولاؤهم لمولاه الأول؛ لأن ذلك

---

(١) فى ط: يجره إليه، ولا.
(٢) فى ط: ولا.
(٣) فى ط: منتقل.
(٤) فى ط: يمس رقبته.
(٥) فى ط: وهو.

قد ثبت له، وولاؤه هو وولاء ما تولد له أو يعتق من الآن لمولاه الثانى، ولا يجر إليه ما قبل الرق الثانى.

فرع: فى الكتاب: إذا ردت شهادته بالعتق، ثم اشتراه أو أوصى ابنه بعد موته: أنه أعتق عبدًا فى وصيته، ثم ورثه عنه مباشرة، أو أقر بعد الشراء أنه حر، أو أن البائع أعتقه والبائع منكر، أو قال: كنت بعت عبدى منك فأعتقته وأنت تجحد - عتق العبد فى ذلك كله بالقضاء، وولاؤه لمن يزعم أنه أعتقه مؤاخذة بالإقرار.

أو أقر أنها أم ولد لبائعها له، حرم عليه وطؤها، ولا يعجل عتقها حتى يموت البائع؛ إذ لعل البائع يقر بذلك فتعود له.

[و][1] فى التنبيهات: قال أشهب: إن أقر أنه باعه من فلان فأعتقه، لا يعتق عليه إلّا أن يقر بعدما اشتراه، حينئذ يكون إقرارًا على نفسه.

وفى النكت: إذا أقر أن بائعه له أعتقه، والبائع منكر - عتق على المشترى؛ لإقراره.

زاد ابن يونس: وولاؤه للذى قضى عليه بالعتق، وإذا مات العبد عن مال فللمشترى منه مقدار ثمنه، وباقى المال يكون للبائع إن ادعاه، وإلّا كان موقوفًا، فإن ترك أقل من الثمن فليس له غيره، فإن مات البائع أولا قبل العبد، ثم مات العبد ولم يترك البائع مالًا، فليس للمشترى من مال العبد شىء؛ لأنه يورث بالولاء ولم تظلمه الوصية، ولا الثمن فى ذمة من ظلمه، والثمن على البائع، إنما يلزم تركته ولم يترك مالا، فلا شىء له، فإن ترك البائع مقدار الثمن لم يأخذ الورثة ما ترك العبد حتى يرثوا الثمن، أو مقدار ما ترك البائع.

قال ابن يونس: إن قال الشاهد: كنت شهدت بباطل، قال أشهب: لا أعتقه عليه بعد تحليفه، فإن نكل عتق عليه، وولاؤه للمشهود عليه.

وإذا مات المشهود بعتقه بعد المشهود عليه؛ [وترك من][2] لا يرثون الولاء كالنساء، ويرثه المسلمون، ولا شىء للشاهد من تركة الميت؛ لأنه منكر.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.

وكذلك إن كانوا يرثون الولاء، وترك العبد من يرثه بالنسب، فلا شيء للشاهد من التركتين، وإذا اشترى عبدًا فأقر أن بائعه أعتقه، وتركه المعتق قبل موت المشهود عليه أو بعده [فهو][١] كما تقدم فيمن[٢] ردت شهادته بعتقه[٣]، ثم اشتراه.

وإذا قال: كنت بعت عبدى هذا من فلان فأعتقه وهو يجحد، والمشترى ملىء بالثمن، لم يسترقه البائع، ويحكم عليه بعتقه، أو معدمًا ولا فضل فى قيمته فلا بأس باسترقاقه، وإذا أقر أنها أم ولد للبائع، فماتت عن مال قبل موت البائع، أخذ هذا منه قدر الثمن والباقى للبائع إن أقر، وإلّا وقف، وإن مات قبلها فما تركت لمن يرث الولاء عن البائع كما تقدم فى العبد.

قال بعض شيوخنا: نفقتها فى الإيقاف إن عجزت عن نفقة نفسها على البائع؛ لأنها وقفت له، فإن أبى عتقت عليه.

وكذلك أم ولد الذمى إذا وقفت له.

قال ابن يونس: وعندى أن نفقتها على المشترى؛ لأنها فى ضمانه، فهو يدفع بإقراره[٤] النفقة عن نفسه، ورد ثمنها فلا يقبل منه فيها، ولأنه ظالم فى شرائها، والظالم أحق أن يحمل عليه، بخلاف [أم ولد][٥] الذمى فإن نفقتها كانت على سيدها، وليست بمتعدية فى إسلامها، وملكه باق عليها.

قال اللخمى: إذا كان ورثة البائع رجالًا ونساء، فللمشترى الأقل من ثلث ما خلفه العبد، أو الثمن، أو ما ينوب الذكور من الميراث.

وقيل: يأخذ جميع الثمن؛ لإقرارهم أن الذى أخذه السيد أخذه بغير وجه، والميراث مؤخر عن الدين، فإن كان وارث الولاء عصبة أو بنون ولم يترك البائع[٦] مالًا، فلعصبته جميع ما خلف المولى[٧]، ولا شيء للمشترى.

وإن كان ورثة السيد نساء وأحطن بجميع تركته، وورث الولاء عصبته - لم يكن

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: فمن.
(٣) فى ط: لعتقه.
(٤) فى ط: بإقرارها.
(٥) فى ط: أم الولد.
(٦) فى ط: للبائع.
(٧) فى ط: الولى.

للمشترى شىء.

وإن شهد أحد الشريكين على الآخر أنه أعتق نصيبه من العبد وهو موسر، قال ابن القاسم: يعتق.

وقال غيره: لا يعتق.

قال اللخمى: إنما يصح العتق على القول بالسراية، دون القول: إنه لا يعتق بالقيمة؛ لأنه لا يعتق نصيبه إلّا بعد أدائها.

فرع: فى الكتاب: إذا أعتق المكاتب عبده على مال العبد امتنع؛ لأنه قادر على انتزاعه، وإن لم يكن له جاز على وجه النظر، وإن كره السيد، فإن أدى فله ولاء(١) مكاتبه، أو عجز فالولاء لسيده.

فرع: قال: إن قلت لمكاتبك أو المأذون له: أعتق عبدك هذا عنى ولك ألف درهم، جاز؛ لأنه بيع، وبيعهما جائز.

فرع: قال: ولد المدبرة والمكاتبة من زوج حر أو مكاتب لغير سيدها مثلها فى الرق والحرية، وولاؤه لسيدها دون سيد الأب، وكذلك إذا وضعته بعد الأداء إذا مسه الرق فى بطنها؛ لأن من أعتق أمته وهى حامل من زوج عبد، فولدته بعد العتق، فإن(٢) ولدها حر، وولاؤه لسيدها.

فرع: قال: عبد مسلم بين مسلم وذمى فأعتقاه معًا، فولاء حصة الذمى للمسلمين؛ لاختلاف الدين، أو نصرانيًا فنصف جنايته على بيت المال لا على المسلم؛ لأنه لا يرثه، ونصفها على أهل خراج الذمى الذين يؤدون معه.

وإن أسلم العبد بعد العتق، ثم جنى فحصة الذمى على المسلمين؛ لأنهم ورثوا حصته، والنصف على قوم المسلم؛ لأنه صار وارثًا لحصته منه، فإن أسلم الذمى رجع إليه ولاء حصته، ثم تكون جناية الخطأ نصفها فى بيت المال ونصفها على قوم المسلم.

وفى النكت: قيل فى المشترك بينك وبين الذمى: عليه نصف الجزية، وهو النصيب الذى يخص النصرانى.

---

(١) فى ط: ولا.

(٢) فى ط: أن.

قال ابن يونس: يريد فى الجناية: أنها تبلغ ثلث ديته، أو ثلث دية المجنى عليه.

فرع: قال: إن عتق العبد من الزكاة، فولاؤه وولاء ولده من الحرة للمسلمين؛ لعتقه من مالهم، وعقل موالى المرأة على قومها، وميراثها إن ماتت لولدها الذكور، وإن لم يكن فلولد[١] ولدها الذكور دون الإناث، وينتهى ولاؤها[٢] إلى قومها كما كانت هى تنتهى، فإذا انقرض ولدها وولد ولدها ورثتها مواليها لعصبتها الذين هم أقعد بها يوم يموت المولى دون عصبة الولد؛ قاله عدد من الصحابة.

قال ابن يونس: ما أعتقه عن كفارته فولاؤه له؛ لأنه استحدث ذلك على نفسه، فهو كإحداث العتق، والزكاة أوجبها الله للفقراء، ويكتب المعتق من الزكاة أو سائبة فى شهادته: «فلان مولى المسلمين ابن فلان»، ولا يكتب: «فلان بن فلان مولى المسلمين» ؛ لئلا يدخل أباه فى ولاء المسلمين.

قال مالك فى الكتاب: ومن أسلم وكان ولاؤه للمسلمين فتزوج امرأة من العرب، أو من الموالى معتقة، فولدت، فولاء الولد للمسلمين، والولد ههنا تبع للأب، فإن مات الأب، ثم مات ولده، فميراثه للمسلمين، وكل معتقة أو حرة من العرب تزوجها حر عليه ولاء حر، وولده منها لمواليه، ويرث ولده من كان يرث الأب إن كان الأب قد مات.

وفى الموازية: إذا مات أبوه ورثته أمه وإخوته لأمه: للأم السدس، ولإخوته الثلث، والباقى لبيت المال إن كانت أمة عربية، أو لمولاها إن كانت معتقة.

فرع: إذا تزوجت الحرة عبدًا فولدت منه، فولاء الولد لموالى الأم ما دام الأب عبدًا، فإن عتق الأب جر ولاءهم لمعتقه كولد الملاعنة، ينسب لموالى أمه يرثونه ويعقلون عنه[٣]، فإذا اعترف أبوه انتقل الولاء لمواليه.

فإن كان لولد العبد من الحرة جد أو جد جد قد عتق قبل الأب، جر ولاء الولد لمعتقه.

قال ابن يونس: قال محمد: لو أن هذا من الحرة كبر، فاشترى أباه[٤] فشق

---

(١) فى ط: فلذكور.
(٢) فى ط: مولاها.
(٣) فى ط: عليه.
(٤) فى ط: أبواه.

عليه، لكان ولاء هذا الأب لابنه يجره لموالى أمه، كما لو اشتراه غير الابن فأعتقه فجر ولاءه لمواليه، فولاء الأب ههنا وولاء ولده لمولى أم ولده الذى[1] أعتقها.

قال اللخمى: ميراث موالى المرأة لعصبتها: وعقلهم على قومها، هذا مع عدم الولد.

واختلف فى ميراث ولدها منهم: قاله مالك، ومنعه ابن بكير؛ لأن على بن أبى طالب - رضى الله عنه - قاله، وسنة الصحابة والتابعين: ولاء ولد الحرة المعتقة إذا كان زوجها عبدًا لموالى أمه ما دام أبوه عبدًا، فإذا عتق جره إلى مواليه، فإن لم يكن له أب، فمعتق أبيه فإن لم يكن، فالمسلمون؛ قاله ابن القاسم فى الكتاب.

وقال محمد: إذا عدم المولى فمولى الأم بيت المال عند مالك.

وقال محمد: معتق الأم، فهذا جواب الولاء فيمن أعتق، وأما من أعتق من أعتقن فلهن ولاء المعتق الأسفل ذكرًا أو أنثى. وأما ولده: فإن أعتق عبدًا وأمة، ثم أعتق ذلك العبد المعتق أو الأمة عبدًا أو أمة، فولاؤهم للأعلى، فإن عدم فللأسفل، فإن كان الأسفل عبدًا جر ولاء أولاده لمعتق معتقه ذكورهم وإناثهم، وإن كان الأسفل أمة فولاء ولدها لمعتق زوجها ذكورهم وإناثهم، ولا تجره[2] لمعتقها ولا لمعتق معتقها.

فرع: فى الكتاب: إن اشترى بنتان أباهما فعتق عليهما ورثتا منه بالنسب الثلثين، والثلث بالولاء إن لم يكن عصبة، فإن ماتت إحداهما قبله، فمالها لأبيها، فإن مات بعد ذلك فللابنة الأخرى النصف بالفرض، ونصف ما بقى بما أعتقت منه.

فإن كانت واحدة واشترى الأب بعد عتقه ابنًا له فعتق عليه ثم مات الأب ورثه الابن والابنة، للذكر حظ الأنثيين، فإن مات الابن [ورثت الأخت][3] النصف بالنسب والنصف بالولاء؛ لأن الابن مولى من أعتقت.

قال ابن يونس: قال مالك: ابن وابنة اشتريا أباهما ثم أعتق الأب عبدًا، ثم مات الأب، ثم مولاه، فميراث الأب بينهما على الثلث والثلثين، وميراث المولى للابن

---

(١) فى ط: التى.
(٢) فى ط: يجرهم.
(٣) فى ط: ورثتا.

وحده، وكذلك لو كانت البنت معتقة الأب كله؛ لأنه إنما يورث بالولاء إذا عدم النسب، وولد الرجل يرث مواليه دون من أعتق أباه، فإن اشترى الابن وأجنبى الأب فأعتقاه فمات عن مواليه، [فميراثه للابن][١] وحده دون الأجنبى، لأنه لا يورث بالولاء مع النسب، فإن مات فى المسألة الأولى الابن أولًا، فورثه أبوه، ثم مات عن مواليه[٢]: فللبنت من أبيها النصف، ونصف النصف بالولاء؛ لأنها أعتقت من الأب النصف، والربع الباقى لأخيها فهو مولى ابنه، ومولى أبيه هو وأخته فلها نصف ذلك الربع؛ فيصير لها سبعة أثمان، والثمن الباقى لموالى أم أخيها إن كانت أمة معتقة، وإن كانت عربية فلبيت المال، فإن مات مولى أبيها، فلها منه النصف، والنصف الباقى لأخيها، فهو لموالى[٣] أبيه، وموالى أبيه هو وأخته[٤]، فلها نصفه؛ فيصير[٥] لها ثلاثة أرباع ميراث المولى، ولموالى أم أخيها الربع.

قال محمد: وإن اشترى ابنتان أباهما فماتت إحداهما، ولا يرث غير أختها فلها النصف بالرحم، ونصف النصف بالولاء بما جر إليها الأب، والربع الباقى لموالى أم أختها.

وعن ابن القاسم: تأخذ سبعة أثمان ما تركت: النصف بالرحم، والربع بشركة الولاء، والثمن بجر الولاء إليها.

قال عبد الملك: وهو غلط، فإن ماتت الثانية ولا وارث لها، فنصف ميراثها لموالى أبيها، والنصف لموالى أختها، فإن ماتت إحداهما، ثم مات الأب وترك الثانية: فلها ستة أثمان الميراث: النصف بالرحم، ونصف الباقى بعتق أبيهما، ولأختها[٦] نصف يكون لموالى أبيها. وهم: هى وأختها[٧] فتأخذ الحية نصفه، ويبقى الثمن لموالى أم الميتة، وإن كانت عربية فلبيت المال.

---

(١) فى ط: فميراث الابن.
(٢) فى ط: موالى.
(٣) فى ط: لمولى.
(٤) فى ط: وأختها.
(٥) فى ط: يصير.
(٦) فى ط: ولأخيها.
(٧) فى ط: وإخواتها.

فضابط هذا الباب على كثرة مسائله: أن يقسم لمن يرث بالنسب، فإن استكمل فرغت[١] المسألة، وإن لم يستكمل، كما لو ترك بنات أو أخوات فيورث أولا[٢] بالنسب، ثم يقول: وما بقى لمواليه، فإن كانوا أحياء أخذوه وكملت القسمة، وإن كانوا اثنتين وأنت إحداهما: أخذت الحية نصيبها، والباقى لموالى أبى الميت، فتأخذه الحية والميتة ونصيب الميتة لموالى أمها[٣]، فالقسمة أبدًا على أربعة رتب: النسب، ثم الموالى، وما بقى لموالى أمه.

فرع: فى الجواهر: إذا أعتق ابن وابنة أباهما، ومات الابن أولا عن بنت، ثم البنت عن ابن، ثم هلك الأب عن مال وموال -: فلبنت الابن[٤] النصف بالرحم، ولابن البنت ثلاثة أرباع النصف الباقى، والثمن الباقى فى موالى أم أخيها، لابن البنت ما لأمه من الولاء، ولها نصف والنصف لأخيها يجر لها الأب نصفًا ولأخيها فورث ابنها نصف نصيبه أيضًا.

فإن اشترى ابنتان أباهما، ثم اشترت إحداهما مع الأب أخاها هو ابن الأب فعتق عليهما[٥]، ثم ماتت مشترية الأخ فمالها لأبيها[٦]، ثم مات الأب فماله بين الابن والبنت أثلاثًا بالنسب لا بالولاء، فإن مات الأخ فلأخته[٧] النصف بالنسب، والباقى لمواليه، وهم: هى وأبوه الميت بينهما[٨] نصفان، صار لها ثلاثة أرباع المال، وللأب الربع فهو لمواليه وهم: ابنتاه هذه والميتة قبله بينهما نصفان، صار لهذه سبعة أثمان المال، وللميتة قبل الأب نصف ثمن يكون لموالى أمها[٩]، وتصح المسألة من ستة عشر، فقد ورثت هذه الأخت مرة بالنسب، وثلاث مرات بالولاء، مرة بصريح عتق أبيها، ومرة بصريح عتق أخيها، ومرة جر إليها أبوها من ولاء أختها.

---

(١) فى ط: فرعت.
(٢) فى ط: أولى.
(٣) فى ط: أبيها.
(٤) فى ط: البنت.
(٥) فى ط: عليها.
(٦) فى ط: لابنها.
(٧) فى ط: فلأخيه.
(٨) فى ط: بينها.
(٩) فى ط: ابنها.

وإن اشترت إحداهما وأبوها أمًا لها، فأعتق الأب نصيبه[١] منها، ثم اشترت الأم مع التى اشترتها أخًا لها[٢] وهو ابن الأب والأم، فماتت التى لم تشتر غير الأب، فورثها أبوها [وأمها][٣]: لأمها السدس، ولأبيها[٤] ما بقى، ثم مات الأب، فماله لابنه وابنته للذكر مثل حظ الأنثيين بالنسب، ولا شىء للزوجة؛ لأن نكاحها انفسخ بملكه بعضها، ثم ماتت فميراثها بين ابنها[٥] وابنتها: للذكر مثل حظ الأنثيين بالنسب، ثم مات الأخ فلأخته النصف بالنسب، وما بقى لمواليه، ومواليه: أخته هذه وأمه؛ فيصير للأخت ثلاثة أرباع المال، وللأم ربعه وهى ميتة، فهو موروث عنها لمواليها، ومواليها: ابنتها هذه وزوجها، فهو بينهما نصفان، صار لهذه سبعة أثمان المال، وللأب الثمن فهو موروث عنه يكون لمواليه، ومواليه: ابنته هذه والميتة قبله، فهو بينهما نصفان، صار لهذه سبعة أثمان المال ونصف ثمنه، وفى يدى الميتة نصف ثمن، فهو موروث عنها لموالى أبيها وهم: هى نفسها وأختها، فيصير للحية سبعة أثمان المال، وثلاثة أرباع الثمن، وربع الثمن - وهو واحد من اثنين وثلاثين سهمًا[٦] للميتة، فهو يورث عنها لموالى أمها، وهم: أختها هذه وأبوها، بينهما نصفان، فتصير من أربعة وستين: فللبنت الباقية ثلاثة وستون، وللأب سهم فتجره؛ إذ من يده خرج، وإليه رجع؛ فيصير جميع المال للبنت الباقية، فقد ورثت [مرة][٧] بالنسب، وخمس مرات بالولاء: ثلاثًا بالصريح، واثنين: بالجر. [الأولى: بصريح][٨] عتق أخيها[٩].

والثانية: بصريح عتق أبيها.

[والثالثة: بصريح عتق أمها][١٠].

---

(١) فى ط: نصيبها.
(٢) فى ط: لهما.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: ولابنها.
(٥) فى ط: أبيها.
(٦) فى ط: بينهما.
(٧) سقط فى ط.
(٨) فى ط: والصريح.
(٩) فى ط: أختها.
(١٠) سقط فى ط.

الرابعة: بما جر إليها أبوها من الولاء من أخيها.

والخامسة: ما جرت إليها أمها من أخيها.

فرع: فى الجعدية: الأب يجر ولاء ولده لمن حاز ولاءه، كان ولاؤه لموالى أبيه أو أمه أو المسلمين؛ لأن الأب أولى من الأم فى جر الولاء، وإنما يجر الجد ولاء ولده، [والجد حر]، أما إذا مات، ثم ولد لأبيه ولد آخر، فإن ولاءه لموالى أمه ما دام الأب عبدًا، وولاء الولد الأول لموالى الجد ما لم يعتق الأب، فينتقل لمواليه.

تمهيد:

فى المقدمات: الموالى أربعة: [موال](١) لا يتوارثون: وهم المسلمون الذين لا يتناسبون، وموال يتوارثون وهم المسلمون المتناسبون.

ويرثون ولا يورثون وهم المعتقون، وعكسه.

والثالث ثلاثة: المعتق، ومعتق الأب، ومعتق الأم: فيرث المعتق، وإلّا فمعتق أبيه، وإلّا فمعتق جده وإن علا، فإن لم يكن فى آبائه جد(٢) معتق، ورثه بيت المال دون مولى الأم.

[و](٣) إن كان فى الآباء عتيق فانقرض المعتق وعصبته، فبيت المال دون موالى الأم.

فإن كان منقطع النسب ولد رقًا، أو منتفيًا باللعان، أو آباؤه كفار وعبيد - فولاؤه لموالى الأم إن كانت معتقة، فإن كانت حرة لم تعتق، فموالى الجد أبى الأم، فإن كانت منقطعة النسب ابنة رق، أو منفية باللعان، أو أبوها عبدًا، أو كافرًا - كان الولاء لموالى الجدة أم الأم على هذا الترتيب.

وجميع هذا الولاء يورث به ولا يورث؛ لأنه يكون لأقرباء(٤) المعتق يوم مات المولى الموروث، ولا لمن ورث المولى المعتق، وإذا عدم المولى الذى أعتقه، وهو معتق أسفل الولاء لمولاه، ثم لمن يجب له ذلك بسببه: كولده بعده، وأخيه وعمه وجميع العصبة، ثم بعدهم لمولى مولاه، ثم لمن هو يرثه بنسبه على ما تقدم،

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: جر.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: الأقرب.

فإن تعذر ذلك، فمولى أبيه، ثم لمن يجب له [ذلك][١] بسببه على ما تقدم، فإن تعذر ذلك، فمولى أمه، ولمن يجب له ذلك بسببه، فإن تعذر ذلك فمولى أبيها ومن يجب له ذلك بسببه[٢]، فإن تعذر ذلك فموالى أم مولاه، فإن تعذر فبيت المال، وكل ولد يولد للحر من حرة، فولاؤه لمولى أبيه، وإلّا فلجماعة المسلمين إن كان حرًّا، ولا يرجع ولاؤه لموالى أمه أبدًا إلّا أن تعتق وهى حامل؛ فيكون ولاؤها لمعتقها ولمن يجب ذلك بسببه؛ لأن الرق قد مسه فى بطن أمه إن كاتبت، أو دبرت، أو أعتقت إلى أجل فولاء ما فى بطنها لسيد أمها، ولدته فى الكتابة أو بعد أدائها، أو ولدته المدبرة فى حياة السيد أم لا، والمعتقة إلى أجل قبل الأجل أو بعده.

فرع: فى المنتقى: قال مالك: ابن العبد من الحرة إذا اشترى أباه فعتق عليه، فولاؤه له، ويجره لموالى أمه، وقاله جميع الأصحاب، إلّا ابن دينار قال: هو للمسلمين؛ لأن الابن لا يجر.

تمهيد:

وافقنا الأئمة إذا تزوج عبدك بمعتقة غيرك، فأتت بولد: أن الولد تبع لأمه فى الرق والحرية، فإن أعتقت العبد انجر ولاء الولد من موالى الأم لموالى العبد؛ لما فى الموطأ وغيره: أن الزبير مر بموال لرافع بن خديج فأعجبوه لظرفهم[٣] وجمالهم، فقال: لمن هؤلاء؟ فقالوا: هؤلاء موال لرافع بن خديج أمهم لرافع بن خديج وأبوهم عبد لفلان - رجل من الحرة[٤] - فاشترى الزبير أباهم فأعتقه، ثم قال: أنتم موالى، فاختصم الزبير ورافع إلى عثمان - رضى الله عنهم - فقضى عثمان بالولاء للزبير.

ولأن الولاء فرع النسب، والنسب معتبر بالأب، وإنما يثبت لموالى الأم؛ لعدم الولاء من جهة الأب[٥]، كولد الملاعنة ينتسب للأم لعدم الأب، فإذا اعترف الأب

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: من سببه.
(٣) فى ط: لطربهم.
(٤) فى ط: الحرقة.
(٥) فى ط: الولاء.

عاد الولاء إليه.

وفى المنتقى: اتفق الصحابة والتابعون وتابعوهم: أن ولد العبد من المعتقة، ولاؤهم لمولى[1] أمهم، ما كان أبوهم عبدًا، فإذا عتق جر الولاء لمواليه، وإن كانت عربية فولاؤهم للمسلمين حتى يعتق أبوهم.

قال مالك: يجره الأب بغير حكم؛ لوجود السبب كإقرار أب بابن[2] الملاعنة، فيقدم الأب على الأم فى جر الولاء، إلّا أن يمس الولد الرق فيعتقه سيد الأم، فيقدم؛ لكونه مباشرًا للعتق، والمباشر مقدم، والمنعم على الولد مقدم على المنعم على أبيه.

وإذا أعتق مسلم نصرانيًا فمات نصرانيًا، لم يرثه المسلم، وورثه (ش).

لنا[3]: أن الولاء أضعف من النسب لتقديم النسب؛ واختلاف الدين يمنع فى النسب فأولى فى الولاء.

قال القاضى عبد الوهاب فى الإشراف: إذا جر الأب أو الجد ولاء الولد عن[4] موالى الأم، ثم عدم هو وعصبته لم يعد الولاء[5] إلى موالى الأم، وقاله الأئمة؛ لأن الولاء إذا استحق على وفق الأصل لم ينتقض كولد الملاعنة[6] لا يرجع إليها الولاء بعد اعتراف الأب.

قال: فإن تزوج حر لا ولاء عليه بمعتقة، فولدها حر، لا ولاء عليه، وقاله (ح).

و [قال][7] (ش): إن كان أعجميًا[8] ثبت الولاء على ولده، وبناه على أصله فى جواز استرقاق العجم من عبدة الأوثان دون العرب.

لنا: أن الاستدامة فى الأصول أقوى من الابتداء، ثم ابتداء الحرية فى الأب يسقط استدامة الولاء لموالى الأم، فلأن يمنع استدامة الحرية فى الأب ابتداء الولاء لموالى

(١) فى ط: لموالى.
(٢) فى ط: ابن.
(٣) فى ط: لما.
(٤) فى ط: عند.
(٥) فى ط: الولى.
(٦) فى ط: المعتقة.
(٧) سقط فى ط.
(٨) فى ط: جميعًا.

الأم أولى.

وقياسًا على العربى بجامع حرية الأصل.

وإذا عدم الموالى وعصبتهم[١] ورث موالى الأب.

وقال (ش): ثبت المال.

لنا: أن موالى الأب ثبت لهم الولاء على الأب فينجر إلى[٢] ولده كالجد.

وولاء المواريث لا يورث، خلافًا لـ (ش) و (ح).

لنا: قوله ﷺ: «إِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[٣] وهذا لم يعتق.

وقياسًا على ما إذا أسلم على يده.

وخالف ابن حنبل إذا أسلم على يده.

لنا: الحديث المتقدم.

* * *

(١) فى ط: وعاتهم.

(٢) فى ط: فنجر على.

(٣) تقدم.

كتاب التدبير

وفي التنبيهات: مأخوذ من إدبار الحياة، ودبر كل شيء ما وراءه، بسكون الباء وضمها، والجارحة بالضم لا غير، وأنكر بعضهم الضم في غيرها.

قال غيره: سمي العبد مدبرًا؛ لأنه يعتق في دبر حياة السيد.

وقيل: لأن السيد دبر أمر دنياه بملكه له في حياته، وأمر آخرته بعتقه بموته.

وهو في الشرع: تعليق عتق الرقيق بالموت.

وأصله: الكتاب، والسنة، والإجماع:

فالكتاب: قوله تعالى: ﴿وَٱفْعَلُوا۟ ٱلْخَيْرَ﴾ [الحج: ٧٧]، ونحوه.

والسنة: قوله ﷺ: «المُدَبَّرُ مِنَ الثُّلُثِ»[١]، وانعقد الإجماع على أنه قربة.

والنظر في: أركانه[٢]، وأحكامه، فهذان نظران.

النظر الأول: في أركانه.

وهي: اللفظ[٣].

الركن الأول: اللفظ، وهو ينقسم إلى الصريح والكناية:

ففي الجواهر: صريحه: دبرتك، وأنت مدبر، وأنت حر عن دبر مني، وأنت حر بعد موتي تدبيرًا، وأنت عتيق عن دبر، ونحوه مما يفيد تعليق عتقه بموته على الإطلاق، لا على وجه الوصية، بخلاف تقييده بوجه مخصوص: كقوله: إن مت من مرضي هذا، أو سفري هذا، فهذا وصية لا تدبير.

وكنايته: أنت حر بعد موتي، ويوم أموت - فهو وصية، إلا أن يريد التدبير ونحوه.

وفي الكتاب: إن قال في صحته: أنت حر يوم أموت، أو بعد موتي، يسأل، فإن أراد الوصية صدق، أو التدبير صدق، ومنع البيع.

قال ابن القاسم: هي وصية حتى يبين أنه أراد التدبير.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٥١٤)، والدارقطني (٤/ ١٣٨)، والبيهقي (١٠/ ٣١٤)، والخطيب في تاريخ بغداد (١١/ ٤٤٤) عن ابن عمر.
وقال ابن ماجه: ليس له أصل. وقال أبو زرعة: باطل (العلل لابن أبي حاتم (٢/ ٤٣٢)

(٢) في ط: الكاتب.

(٣) زاد في ط: والأهل.

وقال أشهب: إن قال هذا فى غير إحداث الوصية لسفر؛ امتثالًا للسنة فى الأمر بالوصية - فهو تدبير إن قال ذلك فى صحته.

[و](١) فى التنبيهات: متى نص على لفظ التدبير، أو «هو حر عن دبر منى» - فهو تدبير، إلا أن يقيده بما يرده(٢) عن حكمه: كقوله: «ما لم أغير ذلك»، أو «أرجع عنه»، أو «أنسخه بغيره»، أو «أحدث فيه حدثًا» فهو وصية.

ومتى كان العتق بلفظ الوصية ولم يذكر التدبير - فليس له حكم التدبير، وإذا لم يقل ذلك فله نيته، وابن القاسم يراه وصية إذا لم يقيد حتى يريد التدبير، وعكسه أشهب.

وقال ابن القاسم: إن قيد التدبير بقوله: إن مت فى سفرى، أو من مرضى، أو فى هذا البلد، فهو مدبر - هذا وصية له الرجوع فيها(٣) إلا أن ينوى التدبير.

وعنه: هو تدبير لازم.

قال ابن يونس: ظاهر قول ابن القاسم: التسوية بين: «أنت حر بعد موتى»، [وبين «أنت حر يوم موتي](٤) كأن اليوم لم يزد، ويحمل على الوصية حتى ينوى غيرها، ولو قصد اليوم لكان معتقًا إلى أجل على أصلهم فى البطلان، كالقائل: «أنت حر قبل موتى بشهر»، وقد سوى مالك بين: «أنت طالق يوم أموت» و «قبل موتى بشهر»، فجعل الطلاق فيهما.

ويحتمل الفرق بين الطلاق والعتاق، [بأن الطلاق] يلزمه إذا أوقعه إلى أجل ويعجل، ولا يلزم إذا أوقعه بعد الموت، فلما أتى بلفظ يحتمل أن يقع منه الطلاق وألا يقع [أوقعناه](٥)؛ لأن أصلنا: التحريم بالأقل، والعتق يحتمل أن يقع قبل الموت وبعده، ومنه ما يرجع فيه، فإذا احتمل رجع فيه لقولك، ولذلك ألزمه أشهب التدبير، كما ألزمه فى الطلاق الطلاق(٦)؛ لأنه أشهد عليه.

وقال أشهب فى: «أنت طالق يوم أموت»، و «قبل موتى بشهر»: لا شىء عليه؛

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: يريده.
(٣) فى ط: فيه.
(٤) سقط فى ط.
(٥) سقط فى ط.
(٦) فى ط: للطلاق.

لأنه أمر لا يكشفه إلا الموت.

وكذلك قال فى العتق: لا يعتق إلا من الثلث.

وقال ابن القاسم فى العتق: إذا قال: أنت حر قبل موتى بشهر، والسيد ملى، أسلم إليه يخدمه، فإذا مات نظر: فإن حل الأجل والسيد صحيح، فهو من رأس المال، ورجع بكراء[1] خدمته بعد الأجل فى رأس ماله. أو مريض، فهو من ثلثه، ويلحقه الدين، ولا رجوع بخدمة.

وإن كان السيد غير ملى خورج العبد، ووقف له خدمة شهر، فإذا زاد على الشهر يوم، أطلق للسيد مثله من الموقوف، [و][2] هكذا حتى يموت، فإن وافق صحته فمن رأس ماله.

وفى النكت: لم يُجِبْ فى الكتاب فى: «أنت حر يوم أموت»، بشىء، وإنما ذكر: «أنت حر بعد موتى» ولم يرد أنها مثلها.

وسوى ابن أبى زيد فى مختصره بينهما.

والقائل: أنت حر قبل موتى بشهر، أو بسنة، وحل الأجل وهو مريض فهو من ثلثه، فإن كان على ملى خورج، ووقف خراجه، فإذا مضت السنة وشهر بعدها، أعطى السيد خراج شهر من أول السنة الماضية بقدر ما ينوب كل شهر من الخراج، فكلما مضى شهر من هذه السنة أعطى خراج شهر من تلك، وهكذا يعمل فيما قرب من الأجل أو بعد.

وعلى هذا يتخرج قول القائل لأمته: إذا حملت فأنت حرة، إن وطئها مرة فى طهر يوقف خراجها، فإن صح الحمل عتقت وهو مردود عليها، وإن كان السيد مليًا مكن من خراجها، ثم إن وجب عتقها رجعت عليه كالقائل: أنت حرة قبل موتى بشهر، ولا ينفق عليها من خراجها، بل على السيد؛ لأنها أمته، وإن حملت فهو ينفق على ولده كالحامل البائن.

فرع: فى الكتاب: «أنت حر بعد موتى وموت فلان»، عتق من الثلث، كأنه قال: «إن مات فلان فأنت حر بعد موتى»، و «إن مت أنا فأنت حر بعد موته»[3].

---

(١) فى ط: لكراء.

(٢) سقط فى ط.

(٣) فى ط: موتى.

وإن قال: «إن كلمت فلانًا فأنت حر بعد موتى»، فكلمه، لزمه عتقه بعد موته من ثلثه؛ لأنه يشبه التدبير.

وإن قال: «أنت حر بعد موتى بيوم أو شهر»، فهو من الثلث، ويلحقه الدين.

قال ابن يونس: يريد فى: «أنت حر بعد موتى وموت فلان»: لا رجوع له فيه لذكر الأجنبى، وهى كمسألة الرقبى؛ كعبد بينكما اجتمعتما على أن من مات منكما أولا، فنصيبه يخدم الباقى حياته، فإذا مات فهو حر، ولم يجزها مالك، إلا أنه ألزمهما العتق إلى موت أحدهما، ومن مات أولا خدم نصيبه ورثته دون صاحبه، فكذلك يلزمه ههنا، ولا رجوع له، وقيل: له؛ كما لو أعتقه بعد موته بشهر.

والفرق بينه وبين الرقبى: أنها خرجت على معنى المعاوضة فبطلت لفسادها، ولزم العتق الذى التزماه.

قال: ويرد عليه: أنها إذا بطلت وجب ألا توجب حكما، بل إنما لزمهما العتق؛ لدخول الأجنبى، فهو عتق إلى أجل.

ويريد فى قوله: «أنت حر بعد موتى بشهر»: أنها وصية، له الرجوع فيها.

وعن ابن القاسم: «إن قال فى مرضه: إن مت من مرضى فعبدى حر مدبر»، هو تدبير لازم لا رجوع له فيه.

وقال أصبغ: هذا إن أراد التدبير، وإن أراد: أنه مدبر على الوارث، فله الرجوع، ويصدق فى دعواه.

قال ابن القاسم: إن قال مريض: «عبدى [حر](١)»، ثم رجع وقال: أردت بعد موتى ولم أبتل - صدق.

وقال أصبغ: إلا أن يرى أنه أراد البتل.

قال ابن القاسم: وإن قال فى مرضه: هو مدبر على أبى، لزمه ولا يرجع إن كان منه على البتل دون الوصية ويخدم الأب ورثته [في](٢) حياة الابن، والولاء للابن، وإن كانت أمة لم يطأها الأب ولا الابن كالمعتقة إلى أجل.

وعن ابن القاسم فى: «أنت مدبر على أبى»، هو مدبر على نفسه، ولا يعتق إلا

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.

بموته من الثلث، لا بموت الأب إلا أن يقول: «هو مدبر عن أبى»، أو «أنت عن دبر عن أبى» فينفذ ذلك عن أبيه.

قال محمد: ذلك سواء، وهو معتق إلى أجل حياة أبيه، والولاء لأبيه، وإن كان أبوه ميتًا عتق مكانه، والولاء لابنه.

وعن ابن القاسم سواء، قال كذا. ولعلها: وإن قال: مدبر عن أبى كان الأب حيًّا أو ميتًا، لا يعتق إلا بعد موت الابن، لا بعد موت الأب، إلا أن يقول: «أنت حر عن دبر من أبى»، فإن كان الأب ميتًا عتق الساعة؛ لحصول المعلق عليه، أو حيًّا فإذا مات أبوه، فولاؤه للأب.

وإن قال مريض: «جاريتى مدبرة على ولدى إن مت»، ثم صح، فلا شىء عليه، ولا تكون مدبرة عن ولده، ولا خلاف إن قال: «أنت حر عن دبر أبى»، أنه يعتق بموت الأب.

واختلف إن قال: «مدبر على أبى» فقال: كالأول، وهو الأصوب.

وقيل: عن نفسه.

قال اللخمى فى: «أنت حر بعد موتى وموت فلان»، فمات السيد آخرهما[1] ولم يحمله الثلث، عتق ما حمله، أو مات السيد أولًا خير الورثة بين الإجازة، وتكون لهم الخدمة حتى يموت فلان، أو عتق[2] ما حمله الثلث ويرق الباقى.

وإن قال: «أنت حر بعد موتى، وإن مات فلان فأنت حر»، توجه له العتق بأحد الوجهين: من رأس المال إن مات فلان، كان السيد صحيحًا أو مريضًا، أو مات السيد قبل عتق من الثلث أو ما حمله، ورق الباقى من الثلث.

و «أنت حر بعد موت فلان، فإن مت أنا فأنت حر»، عتق بالشطرين، فإن مات فلان قبل، عتق من رأس المال، أو السيد قبل ولم يحمله الثلث، عجل ما حمله الثلث، ويعتق الباقى إذا مات فلان.

واختلف فيما يجعل فى الثلث، فقيل: الرقبة؛ لأنه ظاهر اللفظ.

وقيل: الخدمة؛ لأنه باللفظ الأول عتق منه إلى أجل لا يملك منه سوى الخدمة.

---

(١) فى ط: أحدهما.
(٢) فى ط: أعتق.

و «أنت حر بعد موتى إلا أن يموت فلان، إلا أن أموت أنا، فأنت حر»، فقيل: هو كقوله: «إن مت أنا فأنت حر».

وقيل: إن مات السيد أولا، ولم يحمله الثلث فهو رقيق.

قال: والأول أبين، وليس قصده بقوله: «إلا أن أموت أنا»: الرجوع عن الأول.

و «أنت حر لآخرنا موتًا»، هو كقولك: «بعد موتى وموت فلان».

وإن قال: «لأولنا موتًا»، عتق بأحد الوصفين، فإن مات فلان عتق من رأس المال، أو السيد فمن الثلث، ورق ما عجز عنه الثلث.

وإن كان عبد بينكما فقلتما: «هو حر لأولنا موتا» فى عقد واحد بغير كتاب، أو فى كتاب واحد، فمات أحدكما، فنصيب الحر من رأس المال، ونصيب الميت من الثلث، فإن عجز نصيبه عن ثلثه لم يقوم الذى عجز على[1] الحى.

وإن قلتما: «لآخرنا موتًا»، فنصيب الميت أولا[2] من ثلثه، فإن حمله خدم ورثته حياة الحى، وإن لم يحمله الثلث خير الوارث بين الإجازة، ويكون له خدمة ذلك النصيب حياة الحى، أو يعتق ما حمله الثلث معجلا، ولا يقوم ما بقى منه على الآخر، فإن مات الآخر فنصيبه فى ثلثه، ويعجل عتقه إن حمله الثلث، أو ما حمله.

وإن جعلتما ذلك فى عقدين، فقلت: «هو حر لأولنا موتًا»، ثم قال الآخر مثلك، فمات القائل [الأول][3]، عتق نصيب الحى من رأس المال، ونصيب الميت من الثلث، وما عجز منه لم يقوم على الثانى؛ لأنه لم يبتدئ عتقًا، فإن كان على الأول دين فوق نصيبه قوم على الثانى، ويصير كمن لم يعتق سواه. فإن مات القائل أولا أخيرًا، عتق نصيب الحى من رأس المال، والميت من الثلث، وما عجز عن الثلث قوم على الحى؛ لأنه المبتدئ بالعتق.

وإن قال: «هو حر لآخرنا موتًا» فى عقدين، ثم قال: ثم مات القائل أولا، وحمل الثلث نصيبه، خدم ورثته حياة الحى منهما، فإذا مات عتق، وإن لم يحمله الثلث لم يستتم على الحى.

---

(١) فى ط: عن.
(٢) فى ط: أولى.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: يعجز.

وإن مات أولا القائل آخرًا، ولم يحمله الثلث، ولم يجز[(١)] ورثته، عجل ما حمل الثلث وكمل الباقى على الحى؛ لأنه مبتدئ العتق.

فإن قلت: «هو حر لأولنا موتًا»، وقال الآخر: «لآخرنا موتًا» - عتق نصيب الحى من رأس ماله، والميت من ثلثه، فإن حمله خدم ورثته حتى يموت الآخر، وإن لم يحمله ولم يجز ورثته، عجل عتق ما حمله.

هذا إذا كان الأول فقيرًا، وإلا كمل عليه كالعتق بتلا، ثم يعتق الآخر إلى موت فلان، فإنه يخير الثانى بين تبتيل العتق والتقويم على الأول.

فرع: فى الكتاب: «أنت حر بعد موت فلان» أو «بعد موته شهر»، عتق من رأس المال إلى الأجل، ولا يلحقه دين؛ لأنه أعتق فى الصحة، وإن مات السيد قبل فلان، خدم الورثة إلى موت فلان، أو إلى بعد موته بشهر، وعتق من رأس المال، فإن قال ذلك فى مرضه، عتق من ثلثه إلى أجله، وخدم الورثة إلى الأجل، وإن لم يحمله[(٢)] الثلث خير الوارث فى إنقاذ الوصية، أو عتق محمل الثلث ناجزًا.

وإن قال: «إن خدمتنى سنة فأنت حر»، فمات السيد قبلها: خدم العبد ورثته، فإذا تمت السنة عتق، فإن وضع السيد عنه الخدمة عجل عتقه.

وإن قال: «اخدم فلانا سنة وأنت حر»، فمات فلان قبل السنة، خدم الوارث بقية السنة وعتق.

وأما: اخدم ولدى وأخى وابن فلان سنة وأنت حر، فيموت المخدم قبل السنة: فإن أراد الحضانة والكفالة، عجل عتق العبد بموت المخدم، أو الخدمة: خدم العبد ورثة المخدم بقيه السنة وعتق.

وإن قال: «أنت حر على أن تخدمنى سنة»، وأراد العتق بعد الخدمة، فلا يعتق حتى يخدم، أو ينوى تعجيل العتق، وشرط عليه الخدمة، عتق، ولا خدمة عليه.

وإن قال: «أنت حر بعد سنة»، أو «إذا خدمتنى سنة»، قال: «هذه السنة بعينها» أو لم يقل - فهو سواء وتحسب السنة من يوم قوله، فإن أبق فيها العبد أو مرض فصح بعد زوالها، عتق ولا شيء عليه؛ لأن من أكرى داره، أو دابته، أو غلامه سنة،

---

(١) فى ط: يحمل.
(٢) سقط فى ط.

فقال: أكريتها سنة، إنما يحسب من يوم قوله، [وإن لم يقل][١]: هذه السنة.

قال ابن يونس: قال محمد: إذا قال: «اخدم فلانًا سنة وأنت حر»، فمات العبد قبل السنة، وترك مالًا فهو لسيده أو لورثته؛ لأنه رقيق.

[قال][٢] ابن القاسم: إن قال: «اخدمنى سنة وأنت حر، فإن أبقت فيها فلا حرية لك، أو عليك قضاء ما أبقت فيه» - فله شرطه.

قال غيره: إن دبره وشرط عليه: إن أبق فلا حرية له، نفعه شرطه؛ لأن العتق إلى أجل أقوى من المدبر، فإذا نفع الشرط فيه فالمدبر أولى، وليس كالمكاتب يشترط عليه: «إن أبقت فلا حرية لك» ؛ لأن المقصود منه أداء[٣] المال، فلا يقدح فيه الإباق إذا أدى، فإن عجز فسواء أبق[٤] أم لا يعجز بعد التلوم، والمدبر والمعتق إلى أجل، المقصود منهما الخدمة، والإباق يخل فيهما، وقد سوى بينهما، قال: وهو غلط.

وقيل فى المعتق إلى أجل يأبق فى الأجل ويأتى بعده وقد اكتسب مالا فى إباقه: إن للسيد أخذه.

قال: والأول أحب إلينا.

وإن قال: «اخدم فلانًا حياتى، فإذا مت فأنت حر» قال ابن القاسم: هو حر من الثلث؛ لأنه عتق بعد الموت.

وقال أشهب: من رأس المال؛ لأنه خرج من ماله فى صحته، وانقطع ملكه عنه، وكل من خرج فى الصحة، لا يرجع إليه ولا لورثته بعده بوجه، فهو من رأس المال، وإن كان لا يعتق إلا بموت صاحبه فهو من ثلثه.

وأصل ابن القاسم: أن كل عتق يكون بموت السيد فلا يكون إلا من الثلث، وإن كان لا يرجع إلى سيده ولا إلى ورثته أبدًا.

وإن كان عتقه بموت غير السيد من مخدم أو غيره، فلم يختلف فيه قول مالك وأصحابه: أنه من رأس المال.

فإن قال: «اخدم فلانًا حياته، فإذا مت أنا فأنت حر»، فاتُّفق أنه من الثلث، أو قد

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: إذا.
(٣) فى ط: فسوى ابق.

يرجع للسيد إن مات المخدم قبله.

وإن قال: «اخدم عبد الله حياة زيد، فإذا مات سعيد فأنت حر» فهو من رأس المال، فإن مات زيد قبل سعيد: رجع العبد إلى سيده أو إلى ورثته إن مات سعيد، وإن لم يمت زيد أخدمه عبد الله وورثته حتى يموت سعيد فيعتق.

وإن قال: «اخدم فلانًا حياته وأنت حر، فإن مت أنا فأنت حر»، فهو - عند أشهب - من رأس المال؛ لأنه لا يرجع للسيد ولا لورثته.

وعند ابن القاسم: ينبغى إن مات الأجنبى قبل سيده: فمن رأس المال، أو السيد قبل الأجنبى، فمن ثلثه، فإن عجز الثلث عن شيء منه فرق، كان ما رق منه يخدم الأجنبى حياته، ثم يعتق.

قال محمد: وإنما تجعل[1] فى ثلث سيده خدمته حياة المخدم على الرجاء والخوف؛ لأنه لم يبق فيه رق غير الخدمة.

وإن قال: «اخدم فلانًا وأنت حر إلا أن أموت أنا، فأنت حر»، فمات الأجنبى أولا، ولم يستحدث السيد دينًا يوم قال ذلك، عتق - عند أشهب - من رأس المال، أو لحقه دين، فالدين أولى به، وإن مات[2] السيد أولا عتق فى ثلثه فإن عجز رق باقيه لورثته؛ لأنه استثنى عليه رقًا بقوله: «إلا أن أموت».

و «أنت حر إذا غابت الشمس إلا أن أدخل[3] الدار فأجد[4] فيها فلانًا»، فالرق يلحقه إذا دخلها قبل المغيب، وأسقط أجل مغيب الشمس، وقد أبقى الرق موضعها باستثنائه هذا، أو متى كان فيه أبدًا فوضع[5] الرق لحقه الدين، وإن مات سيده عتق من الثلث.

وكذلك: «أنت حر إلى عشر سنين إلا أن أموت قبلها»، فإن حلت السنين ولا دين عليه، عتق من رأس المال، أو مات السيد قبل ذلك، عتق فى ثلثه أو ما حمله، ورق الباقى، وسقط عتق الأجل.

---

(١) فى ط: تعجل.
(٢) فى ط: ما.
(٣) فى ط: دخل.
(٤) فى ط: فأجل.
(٥) فى ط: موضع.

قاعدة: الصريح من اللفظ: ما وضع للمعنى لغة: كالطلاق فى إزالة العصمة، أو عرفًا: كالحرام فى إزالة العصمة.

والكناية: هو اللفظ الدال على المعنى بطريق الاحتمال والمجاز، لا بالصريح، فالمجاز: كالذهاب فى الطلاق والعتق.

والمتردد - مع أنه حقيقة - كقوله: أنت حر بعد موتى، فهو صادق على الوصية والتدبير حقيقة، ولا يتعلق إلا بالنية على الخلاف المتقدم.

الركن الثانى: الأهلية.

وفى الجواهر: لا يصح التدبير من المجنون، وغير المميز، وينفذ من المميز، ولا ينفذ من السفيه، لأنه تبرع.

وجوزه (ش) ؛ لأنه باق على ملكه؛ على أصله فى جواز بيعه، وبعد الموت هو مستغن عن المال، وتصرفه فى التبرع بعد الموت جائز كالوصية.

ووافقنا (ش) و (ح) فى الصبى؛ لأنه ليس من أهل العقود، والسفيه من أهلها، وينفذ من ذات[1] الزوج وإن لم يكن لها سوى ما دبرت.

قال ابن القاسم: لأنه لا يخرج من يدها شىء بخلاف العتق، ومنعه سحنون إلا بإذن زوجها.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: لا يلزم المولى عليه تدبير إلا بعد رشده كعتقه.

قال ابن القاسم: إذا دبر العبد أمته بإذن سيده، لا يمسها السيد ولا العبد، وهى معتقة إلى أجل من رأس المال، ولا يلحقها دين، وولاؤها للسيد وإن عتق العبد، فإن وطئها العبد فحملت، أوقفت هى وولدها حتى يموت العبد فتعتق فإن وطئها السيد فحملت، لحق بها الولد؛ لأن له الانتزاع، ولا يقربها، وتعتق إما بموت العبد أو السيد، أيهما مات أولًا عتقت؛ لوجود أحد السببيين.

قال: لو قيل: تعجل عتقها حين حملت لصح؛ إذ لا خدمة فيها ولا وطء كولد أخته من الرضاعة؛ قاله عيسى.

قال ابن القاسم: ولا يطأ الرجل مدبرة لمدبرته، ولا لأم ولده، ولا لمعتقة إلى أجل وهى كالمعتقة إلى أجل؛ لأنها تعتق بموت من دبرها، وليس لأحد من هؤلاء

---

(١) فى ط: ذوات.

تدبير إلا بإذن السيد.

قال ابن القاسم: إن دبر المكاتب فعلم السيد ولم ينكره حتى عجز، فلا تدبير له، إلا أن يكون أمره سيده بذلك، وليس سكوته بشيء.

قال أصبغ: وإن دبر بإذنه لم يطأها حتى يؤدى جميع الكتابة، إذ قد يعجز فترجع الأمة إلى السيد معتقة إلى أجل.

فرع: فى الجواهر: يصح تدبير الكافر الأصلى لعبده بعد إسلامه، ثم يعتق عليه عند ابن القاسم؛ لأنه جمع بين عزة الإسلام وأحكام الملك.

النظر الثانى: فى أحكام التدبير:

وفى الكتاب: التدبير لازم إنشاء وتعليقًا، فإن قال: «إن اشتريته فهو مدبر»، فاشترى بعضه، فذلك البعض مدبر، ولشريكه مقاواته؛ لما دخل عليه من العيوب.

قال سحنون: أو يقدم عليه أو يتماسك؛ لأنه يقول: لا أخرج عبدى من يدى إلا بعتق ناجز.

قال ابن يونس: إنما أمر ﷺ بالتقويم فيمن تكمل حريته، ويشهد ويوارث، وليس التدبير كذلك، ولم يرد الشريك إلا خروج العبد من يد الشريك وتملكه دونه، ويقضى به دينه، ويستمتع بها إن كانت أمة.

قال اللخمى: إذا دبر أحد الشريكين نصيبه: قال مالك: يخير شريكه بين تدبير نصيبه المقوم على شريكه أو يدبر جميعه كالعتق.

وعنه: يخير بين ما تقدم، أو التمسك به رقيقًا، أو يقومه فيدبر على الشريك، ولم يذكر المقاواة فى الوجهين، ورأى أن الولاء قد ثبت، وهى تؤدى لنقض التدبير، وأثبتها مرة، وخيره بين تدبير نصيبه، أو يقومه، أو يقاوى شريكه، ولا يتمسك به رقيقًا.

وعنه: التخيير بين الأربعة، والمقاواة ميل إلى بيع المدبر.

فرع: فى الكتاب: إذا مات وترك مدبرين دبرهم واحدًا بعد واحد فى صحته أو مرضه، أو فى مرضه ثم صح فدبر، فهو سواء، يقدّم الأول فالأول إلى مبلغ الثلث، ويرق الباقى؛ لأن تقدم السبب يعين الاستحقاق، أو فى كلمة واحدة فى صحة أو

---

(١) فى ط: فهن.

مرض، عتق جميعهم إن حملهم الثلث، وإلا ففى[١] عتقهم بالقيمة، فيعتق من كل واحد حصة، وإن لم يدع غيرهم: عتق ثلث كل واحد؛ لتساويهم فى السبب، ولا يسهم بينهم، بخلاف المبتلين فى المرض، ويبدأ المدبر فى الصحة على المبتل فى المرض؛ لأن الحجر يضعفه، ويعتق المدبر فى الثلث أو ما حمل منه، وقال الأئمة؛ لقوله ﷺ: «المُدَبَّرُ مِنَ الثُّلُثِ»[٢] وإن لم يدع غيره عتق ثلثه، وإن كان على السيد دين لا يغترقه بيع منه للدين[٣] ويعتق ثلث بقيته، وإن اغترقه رق؛ لأن الدين مقدم على العتق إذا تقدم عليه وهو فى الحياة، وعتق المدبر بعد الوفاة، فإن بيع فيه، فطرأ للميت مال نقض البيع وعتق فى ثلثه، وما هلك من التركة قبل تقويم المدبر لم يحسبه، وكأنه لم يكن، ولو لم يبق إلا المدبر لم يعتق إلا ثلثه، وإلا كان المدبر من الثلث؛ لاتهام السيد أن يستخدم عبده حياته، ويعتق من رأس ماله فيمنع الميراث الذى قدر الله تعالى.

و فى المنتقى: قال ابن القاسم: إذا كتب وصية فبدأ بعبد، ثم قال: «ليشتغل»، ثم عاد فكتب الآخر، هذا فصل ويقدم الأول.

قال المخزومى: إذا دبر، ثم أغمى عليه، ثم أفاق فدبر آخر: يتحاصان، ورآهما سواء، وإن قاله[٤] فى مرضه؛ لأنه جعل الجميع فى ثلثه، بخلاف الإقرار بالبتل.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إذا كان عليه دين بيع فيه المدبر الآخر فالآخر إن دبرهم مرتين.

قال محمد: المدبر فى الصحة يقدم على كل وصية: من عتق واجب، أو زكاة أو بتل[٥] فى المرض، وصداق المريض، ويدخل فيما علم به الميت، وما لم يعلم، وفيما يبطل من إقرار بدين لوارث.

قال ابن القاسم: كذلك المدبر فى المرض يدخل فيما لم يعلم به بخلاف المبتل فى المرض، وزكاة يوصى بها.

قال ابن القاسم: إذا اجتمع ما يدخل فى الطارئ وما لا يدخل: قدم المدبر فى

---

(١) تقدم.
(٢) فى ط: الدين.
(٣) فى ط: قال.
(٤) فى ط: بت.

الثلث الحاضر، فإن لم يف كمل من الطارئ.

وقال عبد الملك: يعتق فى المالين بالحصص.

قال بعض فقهائنا: إذا بتل ودبر فى المرض فى قول[١] واحد، تحاصوا عند ضيق الثلث، فما ناب المدبرين عتقوا فيه بالحصص، أو المبتلين فبالقرعة.

قال اللخمى: إذا بتلهم فى كلمة أو نسقًا بيعوا فى الدين بالحصص وعتقوا بعد قضائه بالحصص.

وعن ابن نافع: إذا قال: «رقيقى مدبرون»، ولا مال له غيرهم:

يقرع بينهم كالمبتلين فى المرض، فمن خرج عتق ورق الآخر، وهو الصواب؛ لأنه كله عتق بعد الموت وإذا ضاق وللسيد دين على حاضر بيع بالنقد أو على غائب قريب الغيبة وهو حال، استؤنى[٢] بالعتق حتى يقبض الدين، أو بعيد الغيبة أو حاضر يقدم، بيع المدبر للغرماء الآن، فإن قبض الدين والعبد بيد الورثة عتق فى ثلث ذلك بعد قضاء الدين، فإن خرج عن أيديهم بيع.

قال ابن القاسم: لا يعتق.

وقال أصبغ منه.

قال: وهو ظاهر المدونة.

والأول أقيس؛ لأن البيع لا ينقضه الغرماء فى الحى، وإذا طرأ ما لم يعلم به نقض البيع إن كان فى الثلث، أو قريب الغيبة، ويختلف فى بعيد الغيبة فى موضع لو علم به لبيع، ولم ينظر ذلك المال كما تقدم لو علم به، وإن بيع المدبر ماله عند ابن القاسم: لأنه بيع له، وقال يحيى بغير مال، قال: وهو الصواب إن لم يرج للسيد مال، وإلا فعلى القول بأنه لا ينقض البيع متى طرأ ذلك المال بيع بغير مال، وعلى النقض يباع بماله، وقاله سحنون فيمن دبر أمةً فولدت أولادًا، [فالقول][٣] ثم مات السيد وعليه دين يحيط برقبة الأمة ولا مال له يباع للغرماء، ولا ينتظر الأولاد، فإن أتوا بعد ذلك نظر الدين، فإن كان يحيط بأثلاثهم وثلث الأم، بيع من كل واحد ثلثه، ويعتق ثلث ما بقى من الأم والولد، ويخير مشتريها بين الرد والتمسك، فإن لم

(١) فى ط: فور.
(٢) فى ط: استوى.
(٣) كذا فى ط.

يحمل الثلث وبيده مال إن انتزع، وكثرته حمله.

قال ابن القاسم: لا ينتزع[١]، ويعتق منه ما حمل على أن ذلك بيده.

وقال ابن وهب: ينتزع ويعتق.

قال مالك: فإن دبره فى صحته واستثنى ماله، جاز.

وقال ابن القاسم: ليستبد به بعد الموت، ويقوم بغير مال، ويحسب ما فى يده من مال سيده.

فإن مات عن مدبرة فى يدها أموال مختلفة، فيختلف فى النحل، والهبات - كما تقدم - والغلات، والخراج، والجنايات للورثة، حملها الثلث أم لا، ويكثر بها مال المعتق إن لم يحملها الثلث فتعتق منه[٢]، قولًا واحدًا.

وأما مهرها: فقال ابن القاسم: تقوم به، وقيل للورثة[٣]؛ لأنه ثمن نقص منافعها وبعض رقبتها، والأول يرى حق الزوج فيه، أو لأنه فى معنى الهبة، لأن كلا الزوجين يستمتع بصاحبه.

وما أغلت[٤] فى حياة السيد أو بعد موته، أو جنى عليها فى حياة السيد أو بعد موته، سواء ذلك للورثة، وإنما يعتبر ما يحمل المدبر من مال سيده يوم ينظر فيه، لا يوم الموت، وإن كان لا يحمله ولم ينظر فيه حتى زاد بالخراج، أضيف الخراج إليه، كما يتضرر بالنقص ينتفع بالزيادة، فإن تغيرت قيمة المدبر بزيادة حوالة سوق، أو نقص بعيب، فلا يعتق إلا ما حمله الثلث فى الزيادة، ويعتق جميعه فى النقص.

وإن ولدت المدبرة بعد موت السيد وقبل أن ينظر فى الثلث، قال مالك: تقوم بولدها، ويعتق منهما ما يحمله الثلث، وإن كان الولد معها يوم الموت فمات والأم قبل النظر فى ذلك يحمل الثلث الباقى منهما، عتق جميعه، فإن حاز الورثة بعد موت السيد المال لأنفسهم على وجه التصرف فيه، والثلث يحمل العبد، ثم هلك المال، فمصيبته منهم ويعتق جميع العبد، بخلاف إيقاف المال.

قال محمد: وإن ترك أموالًا مأمونةً، عتق بموت السيد قبل النظر والتقويم، فإن

(١) فى ط: تنتزع.
(٢) فى ط: فيعتق فيه.
(٣) فى ط: الورثة.
(٤) فى ط: أغلب.

هلكت بعد ذلك الأموال لم يرد العتق.

وفى المنتقى: إذا كان للسيد مال حاضر، ومال غائب، ولم يف الحاضر بالمدبر، قال مالك: يوقف المدبر بماله، وبما يخرج من خراجه؛ لأن حريته متعلقة بالمالين، فإن كان له دين مؤجل لعشر سنين ونحوها:

قال ابن القاسم: يباع الدين بما يجوز بيعه بخلاف المال الغائب؛ لتعذر ذلك فيه، وإن كان الغريم معدمًا، أو بعيد(١) غيبته سقط واعتبر غيره.

وفى الجواهر: والدين على غائب قريب ينتظر، فإذا حضر بعد ذلك البعيد الغيبة، أو أيسر المعدم، والعبد بيد الورثة، عتق فى ثلث ذلك بعد قضاء الدين، فإن خرج من أيديهم بيع.

قال ابن القاسم فى العتبية: ما قضى من الدين دون.

قال الشيخ أبو محمد: المعروف عن مالك وأصحابه فى كل ديوان: أنه يعتق منه حيث كان؛ لأن عقد التدبير اقتضاه.

قال اللخمى: وهو ظاهر الكتاب، والأول أقيس.

فرع: فى الكتاب: المدبر كالرقيق فى خدمته وحده؛ لأنه لا يعتق إلا بعد الموت.

فرع: قال ابن يونس: إذا وجد الدين محيطًا بالسيد فبيع، ثم طرأ للسيد مال، وقد أعتقه المشترى، عتق عن الميت(٢) إن حمله الثلث بعد رد ثمنه، وإن لم يحمل إلا بعضه عتق ما حمل منه، وخير المبتاع إن لم يكن أعتقه بين الرد والتمسك بحصته من الثمن [و](٣) إن أعتقه مضى عتق باقيه عليه، ورد عليه من الثمن بقدر ما عتق منه عن الميت، ومن قيمة العيب الذى دخله من العتق بقدر ما فوت بالعتق، فإن [كانت](٤) قميته غير عتيق ستون، ومعتقًا ثلاثة وثلاثون، فبين القيمتين ثلاثون، فيقبض على ما عتق منه عن المبتاع عشرون، ويرجع بها المبتاع فى مال الميت؛ لأنه أخذ ثمنه؛ قاله أصبغ.

---

(١) فى ط: بعد.
(٢) فى ط: الميتة.
(٣) سقط فى ط.
(٤) سقط فى ط.

قال ابن يونس: هو مشكل؛ لأنه عبد دخله استحقاق نفسه، وفات رد جميعه بعتق المشترى، فالصواب: أن يقال: كم قيمة جميعه يوم البيع؟ فتكون ستين، وقيمته على أنه معتق: ثلاثة وثلاثون، فقد نقصه عتق ثلثه نصف قيمته، فيرجع المبتاع بنصف ما دفع، كان أقل من قيمته أو أكثر.

فإن باعه سيده فى صحته فأعتقه المبتاع بعد موته، والثلث يحمله أو نصفه، لنقص ذلك على ما تقدم، بخلاف عتق المبتاع فى حياة البائع، يمضى عتقه؛ لأنه لم يكن أصابه من عتق البائع شىء بعد.

فإن بيعت المدبرة بعد الموت لدين فأولدها المشترى، ثم طرأ مال:

قال أبو عمران: ترد لعتق السيد إن حملها الثلث بالمال الطارئ بعدما عتق؛ لأن إجازة البيع نقل الولاء، وولدها يجرى على الخلاف فى ولد المستحقة، فإن حمله ثلث الطارئ بعدها، عتق منها ما حمل الثلث بالتدبير[1] وعتق باقيها على مستولدها؛ لتعذر الوطء، ويجرى فى الولد فى النصيب المعتق من أمه - الخلاف.

وعن سحنون فيمن ترك زوجا وأخاها ومدبرها، وقيمتها خمسون لم تدع غيرها، ولها على الزوج مائة وخمسون وهو عديم - يعتق ثلثها، وللأخ ثلثها يؤخذ منه ذلك للمدبرة وللأخ، فيعتق بذلك نصفها، يصير للأخ، فإن باعه الأخ، ثم أيسر الزوج رد حتى يعتق جميعها، أو بقدر ما أفاد. فإن أفاد عند ذلك حتى يحمل، وإن لم يبين للأخ حين باعها: أن على الزوج دينها إن أفاد يومًا مالًا، أعتقت منه، ولا يكون ذلك عيبًا ترد به؛ لأن الفائدة غير محققة الطريان كالاستحقاق، فإن أفاد الزوج مالًا يعتق منه[2] بعضها، فليس للمشترى الرد إن كان الذى أعتق يسيرًا، وإلا رد.

قال سحنون: مثل أن يبقى من الصفقة يسير كالاستحقاق.

فرع: فى الكتاب: ولد المدبرة والمدبر من أمته بعد التدبير قبل موت السيد أو بعده بمنزلتها، والمحاصة بين الإماء والأبناء فى الثلث، ويعتق محمل الثلث جميعهم بغير قرعة.

وإن دبر حاملًا فولدها بمنزلتها، وولد أم الولد من غير السيد، والمعتقة،

---

(١) فى ط: فالتدبير.

(٢) فى ط: فيه.

والمعتق إلى أجل يلد من أمته، أو المخدمة إلى ستين، بمنزلتهم، وولد الموصى بعتقها[١]، والموصى بعتقه من أمته قبل موت سيده - رقيق، وما ولد لهم بعد موته بمنزلتهم، يعتق من جميعهم محمل الثلث، وإذا لم يدع غير المدبر يعتق ثلثه فولد له من أمته، ثم مات وترك مالًا أم لا، عتق من ولده مثل ما عتق منه.

قال ابن يونس: روى ابن وهب عن على، وعثمان، وزيد، وجابر بن عبد الله، وابن عمر، وغيرهم - رضى الله عنهم-: أن ولد المدبرة بمنزلتها يرق برقها ويعتق بعتقها.

ولأن شأن الولد التبعية فى الدين والنسب.

ومراده فى الكتاب: سواء حمل المدبرة قبل التدبير أو بعده.

أما ولد المدبر من أمته تحمل به بعد التدبير فهو بمنزلته بخلاف قبله، ويرق لسيده، وما وضعت لستة أشهر فأكثر من يوم التدبير فهو بمنزلته، أو لأقل فهو رقيق، وما ولدت المدبرة قبل التدبير فهو رقيق.

قال أصبغ: فإن استحدث السيد دينًا محيطًا، فلا يباع الولد وهو صغير، ويوقف إلى حد التفرقة، أو يموت السيد فيباع مع أمه، وكذلك لو كان الصغير هو المدبر دونها، ويعنى -أيضًا- أن الموصى بعتقه إن حملت أمته بعد موت سيده، فولدها بمنزلتها، أو قبل موته رق، والموصى بعتقها سواء حملت بعد الوصية فى حياة السيد، فولدته بعد موته، أو كانت حاملًا يوم الوصية، فولدها بمثلها.

والفرق بين ولد المدبرة وولد المدبر من أمته: أن أمته ليس فيها عقد تدبير، وإنما عقد فى سيدها، فما فى ظهر المدبر من ولد قبل التدبير، فخروج النطفة من المدبر كولادة المدبرة، وولادة المدبرة كحمل أمة المدبر، وأما[٢] الفرق بين الموصى بعتقها[٣]، وبين ولد المدبرة[٤]: أن الموصى بعتقها له الرجوع فيها، وإنما ينعقد أثرها بالموت، والمدبرة والمعتقة إلى أجل، انعقد عتقهما من حين اللفظ لا يستطيع السيد نقضه.

---

(١) فى ط: يعتقها.
(٢) فى ط: وهو.
(٣) فى ط: بعتقه.
(٤) فى ط: المدبر.

فرع: فى الكتاب: عقل المدبرة، وعملها، وغلتها لسيدها، وأما مهرها ومالها وما كسبت منه قبل التدبير أو بعده، فموقوف بيدها، ولسيدها انتزاعه، وانتزاع أم ولد مدبره ما لم يمرض مرضًا مخوفًا، وينزع مال المعتق إلى أجل ما لم يقرب الأجل، فإن لم ينزع مال المدبرة حتى مات قومت فى الثلث بمالها؛ لأنه تبع لها، فإن حمل الثلث بعضها أقر المال بيدها كالمعتق بعضه بتلًا.

قال ابن يونس: قال مالك: قيمة المدبرة مائة، والتركة مائة، يعتق نصفها، ويقر مالها بيدها؛ لأن قيمتها بمالها مائتان، وثلث السيد مائة، وهو نصف المائتين التى هى قيمتها بمالها، فقد حمل الثلث نصفها.

فإن كانت القيمة مائة، ومالها مائتان، ولم يترك السيد شيئًا عتق ثلثها، وأقر مالها بيدها.

وعن يحيى بن سعيد: يجمع مالها بمال الميت، فإن خرجت من الثلث، أقر لها مالها، وإن حمل الثلث الرقبة وبعض المال، عتقت[1]، ولها من مالها ما حمل الثلث مع رقبتها، فإن لم يدع غيرها، وما لها، وقيمتها مائة، ومالها ثمانمائة، عتقت المدبرة ولها من مالها مائتاً دينار، وهكذا يحسب.

قال: وكذلك الموصى بعتقه وله مال.

ومالك وأصحابه على الأول، ولم ير مالك أن سنة من أجل المعتق إلى أجل أنها قرب الأجل، وليس للغرماء إجبار المفلس على انتزاع أم ولده أو مدبره، بل له إن شاء؛ لأنه تجديد مال كما لا يجبرونه على الكسب، ولا ينزع فى المرض؛ لأنه ينزع لغيره.

فرع: فى الكتاب: إذا دبر أحد الشريكين أمةً، تقاوياها فإن صارت لمن دبرها كانت مدبرة، أو للآخر رقت كلها، إلا أن يشاء غير المدبر تسليمها للمدبر، ويتبعه بنصف قيمتها فله، فإن كانوا ثلاثة، فأعتق الثانى، وتمسك[2] الثالث، والمعتق ملئ - قومت عليه، وعتقت كلها؛ لأنه ابتدأ عتقًا، أو معسر فللمتمسك[3] مقاواة المدبر

---

(١) فى ط: وعتق.
(٢) فى ط: وتماسك.
(٣) فى ط: فالتمسك.

إلا أن يكون العتق[١] قبل التدبير، والمعتق عديم، فلا يلزم المدبر مقاواة؛ لأنه نزا[٢] عتق بعد عتق مقدما لم يكن عليه تقويم وإن كان مليا، ويجوز تدبير أحدكما بإذن شريكه، فإن رضى سقط حقه، وللمتمسك[٣] بيعُ حصته إذا بيّن أن نصفه مدبر، ولا مقال للمبتاع مع المدبر؛ لأنه تنزل منزلة البائع.

وإن دبراها معا أو واحدًا بعد واحد فإن أحدهما[٤] عتقت حصته فى ثلثه، ولا تقوم عليه حصة شريكه، فإن لم يحمل الثلث حصته فما حمل، ويرق الباقى للوارث، وليس له مقاواة الشريك؛ لأنه بمنزلته[٥]، فإن مات الثانى عمل فى حصته كالأول.

فإن دبر أحدكما، ثم أعتق الآخر، أو أعتق حصته من مدبر بينكما قوم على المعتق حصة الآخر قيمة عبد؛ لأن التدبير انفسخ كما تقدم.

والمدبر، وأم الولد، والمعتق إلى أجل فى جراحهم وأنفسهم قيمة عبد.

قال ابن يونس: كانت المقاواة عند مالك ضعيفة، وإنما هى شىء جرت فى كتبه. وقال مرة بغيرها.

وقال: يقوم عليه؛ لأن فيها إبطال الولاء.

وعن عبد الملك: لابد من المقاواة لحق العبد، أعتق الشريك بإذنك أم لا، وقاله مالك.

وقال: إن كان المدبر عديما تقاواه، فإن وقع عليه، بيع من نصيب صاحبه، يريد: فما عجز عنه بيع له، ولا يباع من نصيبه الذى دبر شىء.

وقال ابن القاسم: لامقاواة فيه.

وقال سحنون: تدبيره باطل إن لم يرض شريكه؛ لأنه لا يجد ما يغرم بالمقاواة، بخلاف المبتل؛ لأن مصلحة العتق تحققه فاغتفر عادة[٦].

وعن ابن القاسم: إن أراد المتمسك مقاواة المعدم على أن يتبعه إن وقع عليه،

(١) فى ط: المعتق.
(٢) فى ط: برًا.
(٣) فى ط: للمستمسك.
(٤) فى ط: أحدكما.
(٥) فى ط: بمنزلتك.
(٦) فى ط: إعادة.

فله ذلك، وإن قاواه ولا يعلم بعدمه ثم علم بعد أن وقع عليه فله فسخ المقاواة، قال أصبغ: لا ينفسخ، ويباع منه كله بقدر ما عليه؛ لأنها كالبيع، ولا يفسخ بعدم الثمن، وما بقي فهو مدبر، كمن دبر وعليه دين، وهو القياس.

والاستحسان: لا يباع له إلا قدر ما يباع.

ففي تدبير أحدكما ثلاثة أقوال: التقويم، والمقاواة، والتخيير بين التمسك والتقويم والمقاواة.

ومعنى المقاواة: تقويمه قيمة عدل، ويقال للذى لم يدبر يزيد عليها ويسلم هكذا حتى يصير إلى أحدكما، وعن سحنون: إن شاء المتمسك إلزام[١] المدبر بالقيمة يقوم عليه صار مدبرا كله، فالتقويم دون ائتناف حكم ثان.

وقال عبد الملك: لا يكون النصف المقوم إلا بحكم جديد، وقاس الأول على المعتق؛ لأنه بالتقويم حر، ولا فرق، ولورثة غير المدبر مقاواة المدبر كموروثهم، إلا أن يعلم بالتدبير بعد سنين، وما يُرَى أنه ترك المقاواة، بخلاف العتق، وهذا على القول بتخيير الشريك، وعلى تعين[٢] المقاواة للوارث وإن طال؛ لأنه حق للعبد.

وإذا أعتق أحدكما، ثم دبر الآخر عتق نصيبه؛ لأنه ليس له إلا أن يعتق ناجزا أو[٣] يقوم، فلما ترك التقويم لزمه التنجيز[٤]، فإن قال: دبرت أولا، وقلت: بل أعتقت أولا، فأنت مدعى عليك، وتصدق مع يمينك؛ لأنك مدعى عليه استحقاق التقويم، فإن نكلت حلف ووجبت لك القيمة، فإن نكل فلا شيء له، ويعتق عليه نصيبه.

فإن كنتما فى بلدين ولا علم عند أحدكما يدعيه، ولا بينة - فلا شيء عليك، ويعتق عليه حصته؛ لنكوله عن اليمين، وهذا على غير مذهب مالك.

وأما عند مالك وابن القاسم: فإن على المعتق القيمة؛ لأنه إن كان أولًا فالتدبير بعده باطل، ويقوم عليه، أو ثانيًا[٥] قوم عليه، فعند الجهل يلزم التقويم.

قال اللخمى على أحد قولى ابن القاسم: إن التقويم حق لله دون الشريك لا يجبر

---

(١) فى ط: إلزامه.
(٢) فى ط: تعيين.
(٣) فى ط: و.
(٤) فى ط: التخيير.
(٥) فى ط: ثانية.

على التقويم، وإن دبر بإذنه وتخلف صفة التقويم، فإن كان بغير إذنه قوم على أنه لا تدبير فيه، أو بإذنه قوم على أن نصفه مدبر لدخوله على العيب، فإن لم يقوم وتمسك أو دبر، والتدبير الأول بغير إذن الشريك: اتبعه الآخر بعيب التدبير، وبإذنه لم يتبعه بشيء.

وإذا دبرت ثم أعتق الآخر: تقوم حصة المدبر على المعتق؛ قاله فى المدونة.

وعنه: لا تقوم ولا يبطل التدبير.

وعلى الأول يسقط عيب التدبير لسقوطه، ويقوم على المعتق على أنه غير مدبر ولا معتق، وعلى عدم التقويم يرجع المعتق على المدبر بعيب التدبير.

فإن أعتق أحدكم موسرًا[(١)]، ثم دبر الثانى، قوم على المعتق نصيب شريكيه[(٢)]، أو المعتق معسر، مضى العتق[(٣)] فى نصيب المعتق والتدبير، ورق نصيب الثالث على قول ابن القاسم.

وعلى قول ابن نافع: يقوم الثالث نصيبه على المدبر إن شاء، وإن تقدم التدبير، ثم المعتق، والمعتق معسر، فثلاثة أقوال:

قول المدونة: يقوم المدبر والمتمسك على المعتق.

وعلى قول الآخر: لا يقوم المدبر؛ لئلا ينتقل الولاء، ويقوم المتمسك على المدبر؛ لأنه مبتد للفساد، ولا يقوم على المعتق.

وعلى قول ابن نافع: يقوم على المعتق؛ لأنه المحقق للعيب بالعتق فإن كان معسرًا قوم الثالث على المدبر، أو يقاويه، وهو قول ابن القاسم، وفى كراهة مالك لتدبير أحدكما قولان؛ لأنه يؤدى للعتق من غير استكمال إذا مات أحدكما، ولم يحمل ثلثه نصيبه، فإن دبر[(٤)] مضى.

فرع: فى المنتقى: من دبر بعض عبده، كمل عليه تدبيره كالعتق، وقاله (ح) و (ش).

فرع: فى الكتاب: يجوز رهن المدبر، والمرتهن بعد موت السيد أحق من

---

(١) فى ط: معسرًا.
(٢) فى ط: شريكه.
(٣) فى ط: قضى المعتق.
(٤) فى ط: نزل.

الغرماء، وإن لم يدع غيره بيع المرتهن، لأنه حازه، ولو لم يقبضه بيع لجميع الغرماء.

قال اللخمى: منع أشهب رهنه إن كان فى أصل البيع، أما بعده، أو فى قرض فى العقد أو بعده، جاز؛ لأن الغرر يجوز فيه؛ لأن المشترى لا يدرى متى يقبض دينه عند حلول الأجل لدينه، أو بعد موت السيد.

فرع: فى الكتاب: لا يباع المدبر فى حياة السيد فى فلس ولا غيره إلا فى دين قبل التدبير، ويباع بعد الموت إذا اغترقه الدين تقدم التدبير أو تأخر، ولا بصدقة لامرأة فى مهرها؛ لأنها بيع، وإذا بيع فسخ بيعه، فإن تعيب عند المبتاع فعليه ما نقصه، ووافقنا (ح).

وجوز (ش) وابن حنبل بيعه.

لنا: أن رسول الله ﷺ قال: «لَا يُبَاعُ الْمُدَبَّرُ وَلَا يُشْتَرَى[1] وَهُوَ حرٌّ مِنَ الثُّلُثِ»، ونهى عن بيع المدبر.

ولأنه يستحق العتق بعد الموت؛ فيمتنع النبع كأم الولد.

ولأنه آكد من المكاتب؛ لعتقه بموت مولاه فيمتنع بيعه كالمكاتب.

ولأنه يعتق بالموت اتفاقًا، فإما أن يكون عتقًا معلقًا بشرط: كدخول[2] الدار، أو عتقًا مستحقًا قبل الموت، والأول باطل؛ لأن المعلق يبطل بالموت؛ فتعين أنه مستحق قبل الموت كالاستيلاء.

قيل لا يسلم أنه فرع النسب.

احتجوا: بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وبقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وفى مسلم: أن رسول الله ﷺ باع مدبرًا[3]، وهو معنى مشترك بين المدبرين.

ويروى: أن رجلًا أعتق غلامًا له عن دبر منه، ولم يكن له مال غيره، فأمر رسول

---

(١) تقدم تخريجه، وهو من حديث ابن عمر. أخرجه بهذا اللفظ الدارقطنى (١٣٨/٤) (٥٠).
وقال: وهو ضعيف. وإنما هو عن ابن عمر موقوف، ثم ساق الرواية الموقوفة وقال: هو الصحيح، وما قبله لا يثبت مرفوعًا، ورواته ضعفاء.

(٢) فى ط: فلدخول.

(٣) يأتى تخريجه.

الله ﷺ فبيع بتسعمائة أو بثمانمائة[1].

وفى بعض الأخبار: أنه ﷺ قال: «هُوَ أَحَقُّ بِثَمَنِهِ»، وفى بعضها: «مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنُّهُ؟» فاشتراه رجل منه بثمانمائة درهم، فدفعه إليه.

ولأنه عتق معلق بالموت، فيجوز بيعه كالموصى بعتقه.

ولأن عائشة -رضى الله عنها- دبرت جارية لها، فسحرتها، فباعتها، ولا مخالف لها من الصحابة؛ فكان إجماعًا.

والجواب عن الأول والثانى: أنهما مخصوصان بما رويناه.

وعن الثالث: أنه واقعة[2] عين، فما تعين موضع الخلاف، فإما يخير بين مدبرين إن دبر وعليه دين، أو يلحقه دين بعد الموت، ولعله منها، أو باع خدمته مدة، ولو لم يتعلق به حق لم يتعرض الإمام لبيعه؛ فدل على أنه باعه فى دين، وقد روى أنه ﷺ باعه فى دين، وهو ظاهر بيعه له دون صاحبه.

ولأن خبرنا يفيد الحظر، وخبركم يفيد الإباحة، والحظر مقدم عليها، وحمل خبركم على مذهبنا، وحمل خبرنا على مذهبكم متعذر.

وعن الرابع: الفرق: بأن الموصى بعتقه يستأنف فيه العتق، والمدبر تقرر عتقه فى الحياة.

وعن الخامس: أنه مذهب لها، أو لأنها سحرتها لتموت، فسألتها فقالت: أردت أن أتعجل العتق، فقد استحقت القتل، والنزاع فى البيع مع العصمة.

تفريع: فى الكتاب: لا بأس أن يأخذ مالًا على أن يعتق مدبره، وولاؤه له، ولا أحب بيعه ممن يعتقه.

ومن باع مدبره فمات بيد المبتاع، ضمنه، وأمسك البائع من الثمن قدر القيمة التى[3] لو كان يحل بيعه [بها مدبرًا][4] على رجاء العتق له، وخوف الرق عليه كمستملك الزرع يغرمه على الرجاء والخوف، والفاضل بيد البائع يشترى به[5]

(١) أخرجه البخارى (٢١٤١)، وأخرجه فى (٢٢٣٠و ٢٢٣١ و ٢٤٠٣)، ومسلم (٥٨/ ٩٩٧) عن جابر بن عبدالله.
(٢) فى ط: حر.
(٣) فى ط: أن.
(٤) سقط فى ط.
(٥) فى ط: بها.

مدبرًا، وإلا أعان به فى رقبة.

وإن أعتقه المبتاع نفذ[١] العتق وولاؤه للمبتاع، وجميع الثمن للبائع.

وإن وطئ المبتاع المدبرة فحملت فهى أم ولد له، وبطل التدبير؛ لأن الاستيلاد أقوى؛ لأنه يعتق من رأس المال، ولا يرجع على البائع بما بين قيمتها مدبرة وغير مدبرة.

قال ابن يونس: إذا أعتق المبتاع نفذ العتق فى أحد قولى مالك.

قال ابن القاسم: لا يرجع المبتاع بشىء إذا أعتقه، علم بالتدبير حين الشراء أم لا؛ لانفساخ التدبير.

قال مالك: وليس على البائع فى الثمن شىء، فإن عمى خبره، فلا يدرى أمات أو عتق، قال ابن القاسم: يجعل الثمن كله فى مدبر.

قال: والقياس إذا استقصى أمره وأيس منه: جعل ميتًا كالمفقود، وإن لم يعلم ببيعه حتى مات سيده وقد أحاط الدين بماله لم يرد؛ لعدم الفائدة، أو[٢] لا دين عليه، رد، فإن لم يدع غير ثمنه أعتق ثلثه، وللمبتاع رد الثلثين؛ للضرر بالعتق، إلا أن يكون علم حين البيع بالتدبير.

قال أبو عمران: إذا غاب اشترى عليه، وجعل ثمنه فى عبد مدبره فوجد الأول، انتقض البيع، ويغرم الثمن لمشتريه، ويمضى التدبير فى العبدين كالهدى الواجب يضل فيبدله ويشعر الثانى، فيجد الأول فينحرهما جميعًا.

والفرق بين موته، فيجعل فضل ثمنه كله: أن الميت علم أنه لا يدركه عتق، وفضل ثمنه كعضو بقى منه، والغائب لم ينفسخ تدبيره فهو مدبر تام، كالهدى يضل.

والفرق بين موته وموت المكاتب بعد البيع، أنه يسوغ له جميع[٣] الثمن: أن المكاتب له تعجيز[٤] نفسه إذا لم يكن له مال ظاهر، فرضاه ببيعه، رضا بالفسخ، ولا يجوز للمدبر فسخ تدبيره.

---

(١) فى ط: بعد.
(٢) فى ط: و.
(٣) فى ط: جمع.
(٤) فى ط: تعجيل.

قال ابن القاسم: إن باعه الورثة بعد موت السيد بعرض[1] فتغير العرض[2] في سوقه، أو أخذ قيمة ذلك العرض في فوته؛ لحصول العتق بالموت أو لا مال لسيده مأمون، ومات المدبر لحدثان بيعه قبل النظر في مال الميت - فهو من المبتاع، وينفذ بيعه، وإن مات بعد طول الزمان وعرفانه: بأنه[3] يخرج من الثلث، فمصيبته من الورثة، ويأخذ المشترى قيمة عرضه؛ لأنه بيع فاسد اتصل به التغيير فيمضى بالقيمة، فإن خرج بعضه في الثلث رجع بقدر ذلك، مصيبة[4] ما رق من المشترى.

وإذا باعك مدبرًا ولم تعلم فأعتقته عن رقبة واجبة، أجزأك عند ابن القاسم؛ لانفساخ التدبير، والولاء لك، ولا ترجع بشيء[5].

ولا يجزئ عند أشهب، وينفذ العتق، ولا شيء لك.

وإن باعك بشرط العتق: رد ما لم يفت بالعتق فينفذ، والولاء للبائع؛ لانعقاده له أولًا، وكذلك المكاتب.

وإن بيع المكاتب ولم يشترط عتقه، فأعتقه المبتاع نفذ عتقه عند ابن القاسم وأشهب، والولاء للمشترى عند ابن القاسم، وقاله أشهب، إن بيع بعلم المكاتب ورضاه، على أنه عبد؛ لأنه رضى بالعجز، وإلّا فالولاء للسيد، ورد عبد الملك بيعه، ونقض عتقه، ورده لكتابته؛ لأنه محرم.

وإن وهبك مدبره في صحته، فحزته[6] فمات ولا مال له غيره، عتق ثلثه، وثلثاه لك؛ قاله ابن القاسم، وكذلك إذا تصدق به على ابنه الكبير، وحازه في صحة أبيه ولو كان الابن صغيرًا لعتق ثلثه، ورق ثلثاه للورثة، ولا تكون حيازة الابن[7] في مثل هذا حيازة؛ لأنه فعل في المدبر ما يحرم.

ولأنه لو نازع الغرماء الابن الكبير في تقدم الدين الصدقة، ألزم الغرماء البينة، وفي الصغير، تقدم الدين حتى يثبت بأجرة؛ قاله مالك، وقال ابن القاسم: يرد

(١) في ط: لغرض.
(٢) في ط: المقرض.
(٣) في ط: كأن.
(٤) في ط: مصيبته.
(٥) في ط: يرجع لشيء.
(٦) في ط: فحرمته.
(٧) في ط: الأب.

الصدقة، وإن قبضت من الأجنبي أو الولد، يرد في حياة السيد، وكذلك المكاتب، والمعتق إلى أجل.

قال أصبغ: إن لم يعثر على هذا حتى مات السيد عتق في ثلثه، وما لم يحمله رق للورثة؛ لبطلان الصدقة.

وعن ابن القاسم: المتصدق والمشترى أولى[١] بما رق منه؛ لكشف الغيب عدم العتق في البقية، فإن مات المتصدق به عليه وقد أوصى بعتقه، فلا وصية له، ويرد مدبر السيد، وكذلك لو أعتقه في صحته، بخلاف المشترى يعتق أو يوصى بعتقه، فيعتق في ثلثه ويرق الباقي للبائع؛ لأنه ضمنه بالشراء، وبيعه مختلف فيه؛ قاله أصبغ.

قال: والقياس إذا عتق بوجه ما، يجوز عتقه؛ لحصول مقصود التدبير، فلا يرد إلى الرق لأمر موهوم.

قال محمد: إذا وهبه ثم مات وقد استحدث دينًا بعد الهبة - رق للموهوب إن أحاط به الدين، أو ما رق منه إن لم يحط به، أو الدين قبل الهبة فالدين أولى، فإن اجتمع المتقدم والمتأخر، والمتقدم درهم، والمتأخر يغترق بقيته بيع كله للمتقدم؛ قاله أشهب.

وقال محمد: يباع بقدر المتقدم فقط، ويدخل معهم فيه الآخرون، ويرق باقيه للموهوب له؛ قاله ابن القاسم.

وإذا أشهده قبل النكاح صحيح، ويرد إلى سيده، وللزوجة قيمته عبدًا كالاستحقاق، وإن مات السيد [و][٢] لم يترك غيره عتق ثلثه، ورجعت بقيمة ثلثيه[٣]، وخيرت في إمساكها الرق[٤]، ورده، وترجع بقيمة جميعه، وإن علمت أنه مدبر فسد النكاح، وفسخ قبل البناء وثبت بعده؛ لأن الصداق غير مقصود في النكاح، ولها صداق المثل، وعتق في ثلثه، فإن كان عليه دين يرقه فأمسكته المرأة لأجل صداقها، فيجرى الخلاف في [العامل في القراض][٥] يشترى شراء فاسدًا

(١) في ط: ولي.
(٢) سقط في ط.
(٣) في ط: ثلثه.
(٤) في ط: رق.
(٥) في ط: القرض.

فيفلس البائع، ويمسك الثمن.

قال اللخمى: إذا ولدت المدبرة من المشترى ردت، وأخذ من المشترى الثمن، وهل عليه قيمة الولد إذا غره البائع ولم يعلم بالتدبير؟ خلاف: وغرم القيمة أحسن، وإن كاتبه المشترى، ثم مات البائع والثلث يحمله، عتق عليه، وردت الكتابة، وإن كان عليه دين يرقه مضى البيع والكتابة، وإن لم يخلف غيره، عتق ثلثه، ومضت الكتابة فى الثلثين، فإن لم يمت السيد وأدى الكتابة، عتق على أحد قولى مالك، وإن لم ينظر فيه حتى عجز. وإذا استولدت ولم يرد حتى مات البائع والثلث يحملها عتقت على البائع، وإن كان عليه دين يرقها بقيت أم ولد للمشترى، وإن لم يخلف غيرها بقيت ثلثاها أم ولد للمشترى، ويختلف فى عتق الثلث[1]؛ لتعذر الوطء بالشركة، وإذا أخدم المدبر عشر سنين، وحازه المخدم، ثم مات السيد، وخرج من الثلث سقطت الخدمة، أو لا مال له غيره عتق ثلثه، والمخدم أولى بما رق منه إلى تمام الأجل، ثم هو للورثة، وإن كان دين يرقه، فالمخدم أولى به إلى الأجل، ولو لم يكن الدين إلا دينار واحد لم يبع منه شىء إلا بعد الخدمة.

فإن أجره سنة وقبض الأجرة ومات بقرب ذلك، ولم يخلف إلا المدبر - قال ابن القاسم: إن أحاطت الأجرة به لم يبع حتى تنقضى الإجارة، فيعتق ثلثه ويرق ثلثاه، أو لا تحيط به؛ بيع من جميعه بثلث الأجرة، ويستخدم[2] لمستأجره ثلثه، فإن فضل منه أكثر من ثلثى الرقبة، ويخدم ثلثاه مدة الإجارة فإذا مضت عتق تمام ما بقى بعد الدين، ورق ثلثاه، ويرجع ما بيع منه عن ثلث الأجرة إلى المستأجر، وينفسخ منه ثلث الخدمة.

قال محمد: إن لم تحط الأجرة برقبته، فأحب إلى ألا يباع منه شىء.

قال ابن القاسم: إذا كانت الأجرة تسعة، وقيمته ثلاثون، ولا مال له غيره، مضت[3] التسعة على قيمته، فينوب الثلث المعتق ثلاثة فيباع منه بها، ويعتق بقية الثلث وهو سبعة[4]، وللمستأجر ثلث الخدمة، وثلثها بين العبد والذى[5] اشترى منه

---

(١) فى ط: الثلثين.
(٢) فى ط: يستخدمك.
(٣) فى ط: قضت.
(٤) فى ط: تسعة.
(٥) فى ط الذى.

بثلاثه، فإذا تم أجل الإجارة رجع للورثة فيقول: أكملوا إلى ثلث المائة، فيجمع عشرين، وما صار للعبد وهو سبعة، وذلك سبعة وعشرون، فيعتق من ذلك الثلث، وهو تسعة، ومراد العبد: ديناران، فإن كان على السيد دين خمسة، أضيف إلى ثلث[١] العتق؛ لأن ثلثى الورثة لا سبيل لأصحاب الدين عليهما[٢]؛ لأن المستأجر أحق به، والدين الأجنبى أولى من التدبير، فيباع من العبد بثمانية، فإذا انقضت الإجازة ودفع العبد للورثة، رجع عليهم فيعتق منه تمام الثلث.

فرع: فى [. . .][٣] تجوز كتابة المدبر، فإن أدى عتق، وإلا عتق بعد موت السيد فى ثلثه، ويقوم بماله فى الثلث، ويسقط عنه باقى الكتابة وإن لم يحمله الثلث، فما حمل[٤] ويقر بماله بيده: عتق عنه ثلثه، ويوضع عنه ثلث كل نجم بقى عليه بقدر ما عتق؛ لأنه للعدل إن لم يدع غيره عتق عنه ثلثه، ووضع عنه ثلث كل نجم بقى عليه، ولا ينظر إلى ما أدى قبل ذلك؛ لأن العتق لم يصادفه، ولو لم يبق عليه إلا نجم حط عنه ثلثه، ويسعى فيما بقى عليه، فإن أدى عتق كله، وإن مات سيده وعليه دين يغترق قيمة رقبته، تبع فيه كتابته: فإن أدى فولاؤه لناقدها، أو عجز، رق لمبتاعه؛ لأنه شأن بيع الكتابة، أو اغترق بعض رقبته بيع من الكتابة بقدره، وعتق قدر ثلث ما لم يبع من كتابته، وحط من كل نجم ثلث ما لم يبع من ذلك النجم، فإن وفى عتق وولاؤه للميت، أو عجز فبقدر ما بيع من كتابته رق لمبتاعه، وما عتق منه لا سبيل لأحد عليه، وباقى رقبته بعد الذى[٥] عتق منه يرق للورثة[٦]، ولك مكاتبة عبدك مع مدبرك كتابة واحدة، فإن مت مضت الكتابة على قدر قوتهما على الأداء يوم الكتابة، وعتق المدبر فى الثلث، وسقطت حصته عن صاحبه، ويسعى العبد فى قيمة حصته وحده، ولا يسعى المدبر معه؛ لأنه إنما دخل معه على أن يعتق بموت سيده، فلا حجة له، بخلاف عتق السيد لأحد العبدين فى كتابة واحدة؛ لأنه لم يدخل على هذا، وإن لم يحمل المدبر الثلث عتق محمله، وسقط من الكتابة قدر ذلك، ويسعى

(١) فى ط: ثلاثة.
(٢) فى ط: عليه.
(٣) بياض فى ط، ولعله فى الجواهر أو فى الكتاب.
(٤) فى ط: حبا.
(٥) فى ط: أدى.
(٦) فى ط: برق الورقة.

فى باقى الكتابة هو وصاحبه ولا يعتق بقيته إلا بصاحبه، ولا صاحبه إلا به، فإن عتقا، رجع من أدى منها على صاحبه بما أدى[١] عنه، إلا أن يكونا ذوى[٢] رحم لا يملك أحدهما الآخر، فلا تراجع بينهما؛ لأن [أخذ العوض فرع قبول ملك المعوض][٣].

وقال أشهب: لا تجوز مكاتبة العبد مع المدبر المحض [ولا][٤] على العبد معتق المدبر.

فى النكت: إذا اغترق الدين رقبته تباع كتابته، يريد: لا فضل فى الكتابة.

وقوله: «إذا اغترق بعض الرقبة يباع من الكتابة بقدر الدين»، يريد: وفى الكتابة فضل.

قال محمد: إن اغترق الدين قيمة رقبته بيع من الكتابة بقدر الدين، ثم يعتق ثلث[٥] الباقى، ويسقط من الكتابة بقدر ذلك، وإن كان الدين يحيط بالكتابة وحدها، وفى الرقبة فضل، فقيل: لا بد من تعجيزه حتى يباع من رقبته قدر الدين، ثم يعتق ثلث ما بقى.

قال ابن القاسم: يترك على كتابته يؤديها فى الدين على نجومه منه فيعتق، وإن عجز عتق منه ثلث ما يفضل بعد قضاء الدين، فإن اغترق نصف الرقبة وثلث الكتابة، فإن بيع ثلاثة أرباع الكتابة فيعجز فيرق ثلاثة أرباعه، أو يباع نصف رقبته أولى - أجاب بعضهم بأنها كمسألة محمد، إذا كان الدين يحيط بالكتابة وحدها، وفى الرقبة فضل، فعلى قول ابن القاسم: لا بد من تعجيزه، ولا يباع منه شىء، ويؤدى على نجومه، فإن عجز فهو كمدبر لا كتابة فيه، يباع منه بقدر الدين، ويعتق ثلث الباقى، وإنما يباع من كتابته بمقدار الدين إذا اغترق من الكتابة مثل ما اغترق من الرقبة أو أقل، أما [إذا اغترق][٦] من الكتابة أكثر، فعلى ما تقدم.

---

(١) فى ط: ودى.
(٢) فى ط: يكون ذو.
(٣) فى ط: أحد العرض فرع قبول مالك المعرض.
(٤) سقط فى ط.
(٥) فى ط: ثلثه.
(٦) سقط فى ط.

قال ابن يونس: قال محمد: إذا كوتب المعتق إلى أجل، ثم فلس وعليه دين يحيط بأضعاف قيمته، لا تباع كتابته ويؤديها للغرماء، فإن أداها[١] قبل الأجَل عتق، أو سبق الأجَل عتق، وسقط ما بقى عليه، قَل الدين أو كثر، فإن أدى[٢] وبقية من الكتابة باقية، فهى لسيده أو لورثته، أو حل الأجل قبل وفاء الدين وباقى[٣] الكتابة عتق، وسقط باقى الكتابة، وبقى على سيد البقية دينه.

قال ابن ميسر: هذا إذا كان العتق قبل الدين.

ويجوز تقديم التدبير على العتق إلى أجل وتأخيره، فإن مات السيد قبل الأجل قوم فى الثلث الخدمة بقية الأجل.

وقيل: إن تقدم التدبير قومت رقبته، وهو ضعيف؛ لأنه يستوعب الثلث فى عتقه، وما عجز عنه فهو من ثلثى الميت[٤]، فهو يعتقه إلى تمام الأجل فبظلم الورثة لا يقوم فى الثلث ما لا يملكه؛ لأنه لو كان على السيد دين يحيط به لم يزل العتق إلى أجل.

وإن كان التدبير قبل، ولم يبع من رقبته له شىء فى دينه، فينقض[٥] الدين التدبير، ولم ينقض عتق الأجل، فكان للغرماء خدمته فنسوا إلى الأجل، وليس للميت مال غير خدمته، تقدم التدبير أم تأخر، فإن كان معتقًا إلى الأجل، ثم فلس أو مات وعليه دين يحيط برقبته استدانه بعد عتق الأجل، فلا تباع كتابته، ويؤديها للغرماء على النجوم، وإن أدى الدين أدى[٦] الباقى للورثة، وإن أداها[٧] قبل الأجل عتق وقضى الدين، أو ما بقى منه منها، وإن لم يؤد حتى حل الأجل سقط عنه[٨] الباقى منها، ولم يتبع بشىء من دين سيده، عتق بالأداء أو بحلول الأجل، وإن كان الدين قبل عتق الأجل فالدين أولى به.

---

(١) فى ط: وداها.
(٢) فى ط: ودى.
(٣) فى ط: وبقى.
(٤) فى ط: الموت.
(٥) فى ط: وينقض.
(٦) فى ط: ودى.
(٧) فى ط: وداها.
(٨) فى ط: عند.

قال ابن القاسم: إن كاتب، ثم دبر جعل فى الثلث الأقل من قيمة الرقبة، أو قيمة الكتابة، أو دبر، ثم كاتب، فقيمة الرقبة خاصة؛ لأن السنة فى المدبر إذا لم يكاتب: أن فى الثلث قيمة رقبته التى كان يملكها قبل التدبير، وهو عتق التزمه بعد الموت، فإذا كاتب لم ينتقل عن ذلك؛ لأنه لو عجز عاد مدبرًا، وإن تقدمت الكتابة، فقد صار لا يتغير ما يملكه منه؛ إذ قد يعجز فتملك رقبته، أو يؤدى فتصح له الكتابة، وإذا دبر جعل فى الثلث الأقل بما كان قد صح له احتياطًا للعتق بتدبيره إياه كإيصائه بعتقه، هذا إذا كاتبه فى الصحة، ثم دبره بعدها فى صحة أو مرض، أما إن كاتبه فى المرض، ثم دبره فيه، فيجعل فى الثلث قيمة الرقبة؛ لأن الكتابة فى المرض إذا لم تقبض[1] إنما تجعل فى الثلث قيمة الرقبة؛ لأنها من ناحية العتق، وفى التدبير تجعل قيمة الرقبة فاتفقا؛ فلذلك جعلت قيمة الرقبة. قاله ابن القاسم.

وقال محمد: سواء بدأ بالتدبير أم لا، فلا يقوم إلا بأقلهما؛ لأن من أوصى بعتق مكاتبه جعل فى الثلث الأقل من قيمة رقبته، أو من قيمة كتابته، ولا فرق بين الوصية بالمكاتب أو تدبيره.

قال ابن القاسم: إذا كاتبهما كتابة واحدة، ثم دبر أحدهما ؛ فإن أديا عتقا، أو عجزا، لزم السيد تدبير من كان دبر، وإن مات السيد قبل عجزهما والمدبر يحمله الثلث، وهو قوى على السعى حين مات السيد، لم يعتق إلا برضا صاحبه لحق الكتابة التى التزمها معه.

فرع: فى الكتاب: مدبرة بينكما وطئها أحدكما، فحملت، قومت عليه، وتصير له أم ولد؛ لأنه أقوى لها، وقال غيره: إن كان الواطئ معسرًا، خير شريكه بين اتباعه بنصف قيمته، وتصير أم ولد له، وبين التمسك بحصته؛ لأجل عسره، واتباعه بنصف قيمة الولد[2] يوم استهلاكه، ثم لا يقوم عليه إن أيسر، فإن مات الواطئ عديمًا عتق عليه نصيبه من رأس ماله؛ لأنه من أم ولد، ويبقى نصيب المتمسك مدبرًا.

أو مات غير الواطئ، وقد كان تمسك بنصيبه، وعليه دين، يرد التدبير، بيعت حصته؛ لأنه شأن التدبير، فإن ابتاعها الواطئ ليس حدث له، حل له وطؤها، وإن

(١) فى ط: يقبض.
(٢) فى ط: قيمته الوالد.

مات فنصفها رقيق، ونصفها حر من رأس ماله.

قال ابن يونس: قيل: يقوم على الواطئ الولد خاصة، وتبقى هى على حالها.

وإن مات غير الواطئ عتق[١] نصفها فى ثلثه، فإن لم يترك وفاء، قومت على الواطئ، وبقيت له أم ولد.

وقوله: «يتبع بنصف قيمة الولد يوم استهلاكه»: يريد: وكذلك إذا تأخر الحكم حتى كبر الصبى، وقيل فى ولد المستحقة: فيه القيمة يوم الحكم.

والفرق: أن وطء الشريك عدوان، فلزمته القيمة يوم التعدى، وإنما تكون القيمة يوم يحكم باستحقاق أمه.

قال اللخمى: إن كان من ثلث المدبر ونصيبه عتق بالتدبير، وأعتق نصيب الواطئ لتحريم الوطء عليه.

وكذلك إن حمل الثلث بعض نصيبه.

وعن مالك: يقوم نصيبه من الولد وحده، ويمنع الواطئ منها، فإن مات المدبر وترك وفاء[٢] أعتق نصفه، وإن لم يترك وفاء[٣]، قومت على الواطئ، وبقيت أم ولد؛ لأن الولاء قد ثبت بالتدبير فلا ينتقل.

وقوله: «إنما تكون أم ولد»، إنما يصح على القيمة تكون يوم حملت، وتسقط القيمة المأخوذة من الواطئ فى الولد، وتعاد له أو تحاسب بها، وإن التزم قيمة الولد اليوم، أو يوم ولدت لم تكن أم ولد، وإذا كان الواطئ معسرًا لا يخير المدبر على هذا القول، ولا ينتقض التدبير، ويرجع بنصف قيمة الولد، وإذا لم يقوم على الواطئ للعسر، أو لمنع نقل الولاء على أحد قولى مالك، فلا يعتق نصيب الذى أَوْلَد عند أشهب، ويتبعه ولا يكون عنده بعض أم ولد.

فرع: فى الكتاب: إذا دبر جنينها، حرم بيعها دون رهنها، كما لو أعتق ما فى بطنها.

قال ابن يونس: قال أبو عمران: إنما يرهنها فى دين قبل الحرية، وقبل التدبير، وأما ما يحدث فيباع ما فى بطنها فيه ولا يتعرض هو به للبيع.

---

(١) فى ط: عن.
(٢) فى ط: وفات.
(٣) فى ط: يتركه وفات.

فرع: فى الكتاب: إذا ارتد المدبر، ولحق بدار الحرب: استتيب فإن لم يتب قتل، وإن تاب لم يقسم فى المغنم، ورد لسيده إن عرف، فإن جهل أنه مدبر حتى قسم، فلسيده فداؤه بالثمن، ويرجع مدبرًا، فإن مات السيد وقد تركه فى يد من صار فى سهمه يختدمه فى ثمنه، فمات السيد قبل وفاء ذلك، عتق من ثلثه، واتبع بباقى الثمن، فإن لم يسعه الثلث: فما وسع، ورق باقيه لوارثه؛ لأن سيده أسلمه.

قال غيره: إن حمله الثلث عتق ولم يتبع بشىء، أو بعضه لم يتبع بحصة البعض العتيق، بخلاف الجناية التى هى فعله.

وإن رهنه[1] السيد، فما لم يحمل الثلث منه يرق[2]، ولا خيار للوارث، وفى الجناية يخير الورثة فيما رق منه، إذا سلمه ومات والثلث لا يحمله، والسيد قد أسلمه فيها.

والفرق: أن المشترى قد أخذه فى الأصل على مالك رقبته، والمجنى عليه إنما أسلمت له خدمته فهى أضعف.

فى التنبيهات: اختلفت الروايات [فوقع سيده الغيبة وسقط بعينه][3] فى بعضها، وهو الصحيح، وهو أنه إذا عرف أنه مدبر أو حر.

قال ابن يونس: إن أراد سيده تركه فى يد من حسب عليه يخدمه فى ذلك، فإن وفى والمدبر حى، رجع مدبرًا، أو هلك قبل وفائه خرج من ثلثه، واتبع بباقى الثمن.

قال عبد الملك: اتباعه بحصة ما عتق إنما هو فيما اشترى من يد العدو، وأما ما وقع فى الغنائم فلا، كالحر يقع فى المقاسم لا يتبع، وإن باعه العدو اتبع.

قال محمد: والقول ما قال عبد الملك، وكذلك المكاتب؛ والمعتق إلى أجل، لا يتبع إلا بما يتبع فيه الحر، وجعل ابن القاسم إباقه[4] لدار الحرب لجناية فعلها إلا فى قوله: «إذا لم يحمله الثلث رق باقيه لمشتريه»، وإن ارتد السيد، ولحق بدار الحرب دون المدبر، ففى الكتاب: يوقف مدبره لموته، فيعتق بعد موته؛ كما يوقف

(١) فى ط: رهن.
(٢) فى ط: فرق.
(٣) هكذا فى ط.
(٤) فى ط: أباقر.

مال الأسير، وإذا وقف أنفق عليه من مال سيده، وكذلك أم ولده، بخلاف صغار ولده؛ لأن الولد لا يرثه إن قتل على ردته.

قال اللخمى: إذا لم يعرف سيد المدبر الواقع فى المقاسم لم يبع، وخدمته للجيش، فإن افترقوا بيع شيئًا بعد شىء.

وعن ابن القاسم: يكون رقيقًا لمشتريه، ويبطل تدبيره.

وقال محمد: للمشترى خدمته حياة السيد وإن كثرت.

ولمالك فى خيار الورثة إذا أسلمه قولان، وهما يجريان فى الغرماء: أن يدفعوا له باقى ثمنه، ويباع لهم.

والقول الآخر أحسن.

والمبيع فى المقاسم أقوى من الجانى؛ لأن العبد القن لا يباع منه بقدر الثمن، ويؤخذ الباقى، وكذلك اتباعه بعد العتق، الصحيح ألا يتبع؛ لأنه[1] المستحق منه بعد القسم مالك، وحرية بالمالك لا ينزع إلا بالثمن، والمدبر قادر على أن يبين أنه مدبر فلم يفعل، فهو كالحر يقع فى المقاسم، فيغر من نفسه.

وإن اشترى من أرض الحرب مدبر وأخرج، ثم ثبت أنه مدبر، وهو كان يظن أنه عبد، وأسلمه سيده، ثم مات وحمله الثلث، لا يتبع بالباقى، بخلاف الأول؛ لأن من أخرج حرًا من أرض الحرب له أن يتبعه بما اشتراه، ولو قدم حربى بمدبر وأسلم عليه، لم ينزع منه، وكان له فيه ما لسيده فيه وهو الخدمة؛ لأن الحربى يملك مال المسلم، فإن مات الذى دبره والثلث يحمله عتق، وولاؤه لمدبره، وإن لم يكن له غيره، عتق ثلثه، ورق باقيه للحربى، وإن كان على السيد دين يرقه رق كله له.

فرع: فى الكتاب: إذا أسلم مدبر نصرانى أو ابتاع مسلمًا فدبره، أجرناه[2] له، وقبض أجرته، ولم يتعجل رقه بالبيع، فقد يعتق بموت سيده، فإن أسلم النصرانى قبل موته رجع إليه عبده، وله ولاؤه، فإن لم يسلم حتى مات، عتق فى ثلثه، ولاؤه للمسلمين؛ لأن الكافر لا يرث المسلم، إلا أن يكون للنصرانى ولد وأخ لم ممن يجر ولاءه إليه فيرثه، هذا إن أسلم المدبر بعد التدبير، أما إن دبره والعبد

) فى ط: لأن.

١) فى ط: أجزناه.

مسلم ؛ فولاؤه للمسلمين لا يرجع إليه إن أسلم، ولا ولد له مسلم؛ لأنه يوم عقد التدبير لم يكن له عليه ولاء، ولا ملك مستقر، بخلاف تدبيره كافرًا، وإن عتق فى الثلث نصفه والورثة نصارى، بيع عليهم نصفه من مسلم، وإن لم يكن له ورثة، رق للمسلمين.

وقال غيره: لا يجوز للنصرانى شراء مسلم؛ لأن الإسلام لا يعلى عليه، فإذا أسلم عبده، ثم دبر، عتق؛ لأنه منعنا من بيعه[1] بتدبيره.

وفى التنبيهات: قول بعض الرواة: إن اشترى مسلمًا، ودبره، لا يجوز الشراء؛ لأنا لو أجزناه لبعناه عليه؛ فلا فائدة.

وقال ابن أبى زمنين: معناه: أن البيع والتدبير يفسخان، وقيل: يعجل عتقه.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: إذا أسلم عبده فأعتقه إلى أجل، عجل عتقه، أو كاتبه بيعت كتابته عليه؛ نفيًا لسلطان الكفر على المسلم.

قال ابن يونس: وإذا أجرنا[2] المدبر عليه، وقبض الأجرة وأتلفها، ومات قبل أن يخدم العبد من الإجارة[3] شيئًا، ولم يترك غيره فإن رضى العبد أن يخدم مدة الإجارة؛ لرغبته فى عتق ثلثه، فله ذلك، ويعتق ثلثه، مارق منه، فيبيع من ثلثه قدر ثلث الإجارة، وعتق ما بقى من ثلثه، ويخدم المدة، ثم يباع ثلثاه على الورثة، ولا كلام لمن استأجره.

وإن امتنع العبد من الخدمة، ولم يرض المستأجر أن يخدم ما رق منه؛ لاستحقاق بعض ما استأجر، بيع من جميعه بقدر الإجارة، وعتق ثلث ما بقى.

وبيع على الورثة ما بقى، وإن رضى المستأجر أن يخدم المستأجر ثلثه، فإذا تمت الإجارة بيع على الورثة ما رق لهم، إلا أن يسلموا قبل ذلك، فيبقى لهم.

قال اللخمى: الإسلام إما قبل التدبير، أو بعده، أو قبل الشراء، والخلاف فى الثلاثة:

فإن أسلم بعد التدبير، قيل: يبقى مدبرًا، وقيل: يباع.

وإن أسلم قبل التدبير، لم يبع قولًا واحدًا، وهل يؤاجر إلى موت سيده، أو

---

(١) فى ط: معنا من أبيعه.
(٢) فى ط: أجزنا.
(٣) فى ط: الإجازة.

يعجل عتقه؟ قولان.

والمسلم قبل الشراء والتدبير فيه ثلاثة أقوال:

يمضى تدبيره.

يعجل عتقه.

يبطل الشراء نفسه.

وقال عبد الوهاب: إذا أسلم بعد التدبير، يتخرج فيه قول: إنه يباع ويدفع[١] ثمنه للنصرانى كإسلام أم ولده؛ لأن حريتها أقوى من المدبر.

قال ابن وهب: هذا صواب، ويباع؛ لأن العقد المتقدم كان بين كافرين، والعتق فيه حق لله، وهبة لسيد العبد، وهبة الكافر[٢] لا تلزم الفروع حالة كفره، بخلاف العتق البتل، إذا حوز نفسه، فإن الرجوع بعد الحوز تظالم؛ ولذلك قال مالك مرة فى أم ولد النصرانى: إنها تباع، ويبيع مكاتبه[٣] عبدًا لا كتابة فيه، والكتابة أبين؛ لأنه حوزه[٤] نفسه.

فرع: فى الكتاب: إن ادعى أن سيده دبره أو كاتبه لم يحلف السيد إلا أن يقوم شاهد كالعتق.

فرع: قال ابن يونس: قال مالك: يجوز وطء[٥] المدبرة والموصى بعتقها؛ لأنه لا يزيدها إلا خيرًا فتصير تعتق من رأس المال، ويمتنع فى المكاتبة والمعتقة إلى أجل، والمعتقة بعضها، والمخدمة، والمشتركة؛ لتزلزل الملك فى الجميع، وتوقع العتق فى حياة السيد، بخلاف غيرهن لا يعتقن إلا بعد الوفاة وأم الولد، لضعف الملك جدًا، ويجوز وطؤها؛ لتأخر عتقها بعد الموت ويلاحظ فيهن شبه نكاح المتعة؛ لتوقع العتق فى الحياة وإبطال الحوز فى الخدمة، ويرد عليه عتق المستأجرة.

فرع: فى المنتقى: ولد المدبرة بمنزلتها.

---

(١) فى ط: يرفع.
(٢) فى ط: للكافر.
(٣) فى ط: ويتبع مكاتبه.
(٤) فى ط: جوزه.
(٥) فى ط: وطلب.

قال محمد: إن دبرها على أن ولدها رقيق، فهو بمنزلتها، ويبطل الشرط، كما لو قال: أنت حرة على أن ما تكسبينه[١] لى.

فرع: قال: إن دبره واستثنى ماله، جوزه مالك؛ كالعتق، ومنعه ابن كنانة، وقال: يتبعه ماله، كما يمنع من انتزاع مال مدبره عند موته.

قال ابن القاسم: وإذا استثناه فى التدبير، قوم بغير مال، وحسب ما بيده من مال السيد، فيقوم المدبر دونه[٢].

فرع: فى المنتقى: إذا أجر[٣] المدبر غيره، خير سيده، فإن أسلمه أسلم إليه خدمته؛ لتعلق التدبير بالرقبة، ويقاصه من دينه بخراجه[٤]، فإن أدى عند[٥] سيده رجع لسيده مدبرًا، وإن افتكه سيده رجع أيضًا.

وإن جنت حامل على رجل: قال ابن القاسم: يخير سيدها إذا وضعت، فإن أسلمها بغير ولدها، ولم يؤد حتى مات سيدها، خرجت هى وولدها من الثلث، اتبعت ببقية[٦] الأرش، وإن ضاق الثلث عتق منها ومن ولدها بالحصص، ويتبع ما عتق منها بحصته من ذلك، ويخير الورثة فى إسلام ما رق منها أو فدائه بما عليه.

وإن مات السيد مدينًا بيع منها ومن ولدها بقدر الدين، ومنها خاصة بقدر الجناية.

فإن كان مدبرًا فمات سيده ولا مال له غيره، عتق ثلثه، وقسم الجرح أثلاثًا: ثلثه[٧] على ما عتق، والباقى على ما رق، يخير الورثة فيه بين إعطاء ثلثى العقل وأمسكوا الثلثين، أو أسلموه، فإن كان على السيد دين مع الجناية: بيع من المدبر بقدر عقل الجرح وقدر الدين، ويبدأ بالعقل، ثم الدين، ثم يعتق ثلث الباقى، ويرق ثلثاه للورثة؛ لتعلق الجناية بعين العبد، والدين بذمة السيد، وإن كان فى ثلث سيده ما يحمله عتق كله، وكانت الجناية دينًا عليه، وإن كان العقل دينه عتق كله إذا لم

---

(١) فى ط: تكسبه.
(٢) فى ط: دونها.
(٣) فيط: أخرج.
(٤) فى ط: لخراجه.
(٥) فى ط: عند.
(٦) فى ط: بقية.
(٧) فى ط: ثلاثة.

يكن على سيده دين؛ لأن تأثير الدين فى بيع المدبر أقوى من الجناية؛ لأن الدين ليس له غير ذمة السيد، وليس له غير العبد، والجناية تتعلق بالرقبة تارة، وبالذمة تارة، وبالخدمة تارة.

فإن قتل سيده عمدًا: ففى الموازية: لا يعتق فى ثلث مال: ولا دية، ويباع، ولا يتبع بشىء؛ لأنه استعجل ما أجله الله؛ فيؤخذ بنقيض قصده، ولا يتبع؛ لأن العبد إذا[1] جنى أو أخطأ عتق فى المال دون الدية؛ لأنه لا يعجل بقتل الخطأ، فمنع الدية لوجوبها عليه.

وإن جرح جنيًا[2] فأسلم لسيده، ثم مات وعليه دين لا مال له غيره، فقال الورثة: نسلمه للمجروح، وقال صاحب الدين: أزيد على ذلك، فهو أولى، ويحط عن السيد قدر زيادة الغريم على دية الجرح، فإن لم يرد لم يأخذ العبد، والمجنى عليه أولى به؛ لأنه محل الجناية، والدين فى الذمة، إلا أن يريد الغرماء فيعطى من ذلك الأرش للمجروح وتُحط الزيادة عن السيد، ويأخذ الغريم العبد.

وإذا جرح المدبر وله مال، وامتنع سيده من فدائه، فللمجروح أخذ مال المدبر فى جرحه، فإن وفى بقى المدبر لسيده، وإلا استعمل المدبر فيها[3].

وفى الجواهر: إذا أسلم خدمته ثم عتق من ثلث سيده، قيل: لا يتبع بما بقى من أرش.

فإن جرح اثنين تحاصا فى خدمته.

فإن جرح واحدًا فأسلم إليه، ثم جرح آخر، تحاصا ببقية جناية الأول، وجملة[4] جناية الثانى، بخلاف القن؛ لأنه يملكه المجنى عليه إذا أسلم إليه، وإذا جنى خير هذا الذى ملكه كما خير الأول، وفى المدبر يأخذ الخدمة أولًا فأولًا، ولا يكون أولى بالمستقبل.

وخرج الشيخ أبو القاسم المدبر على القن، فإن افتكه اختص بخدمته، أو أسلمه بطل حقه، فإن جنى المدبر الصغير الذى لا يعمل: روى أشهب: لا يسلم حتى يبلغ

---

(١) فى ط: فيما.
(٢) فى ط: حنيًا.
(٣) فى ط: فيما.
(٤) فى ط: حمله.

الخدمة؛ لعدم الفائدة، فإن مات قبل سقطت الجناية، وكذلك المدبرة التى لا عمل عندها.

قيل: قد يموت سيدها أو يصيب مالًا.

وقال (ح): لا تسلم خدمة المدبر كأم الولد، وعلى السيد الأقل من أرش الجناية، أو قيمة الرقبة.

وقال (ش): يسلمه؛ لأنه عنده عتق إلى أجل، وكل عتق إلى أجل متعين الوجود أم لا، له الرجوع فيه.

وفى الجلاب: إذا أسلم خدمته للمجنى عليه فمات السيد وخرج من ثلثه، عتق وبقيت الجناية فى ذمته؛ لأنه الجانى، وقيل: لا شيء عليه؛ لتوجه الجناية للخدمة أولًا دون الرقبة؛ فلا يتغير متعلقها، وإذا جنى على واحد بعد واحد، يتخرج فيه قول إن عزا المجروح الأول فى افتكاكه وإسلامه، فإن افتكه اختص بخدمته، أو أسلمه بطل حقه من خدمته، وإن جنى على سيده وبطلت خدمته بالتدبير، واختدمه بالجناية، وقاصه[1] من أجرتها بأرشها؛ قاله ابن القاسم، وقيل: لا يضمن لسيده أرش جنايته؛ لأنه لو فداه من أجنبى لم يتبعه بما فداه.

وإن جرح[2] السيد مدبره، لم يضمن له أرش جراحه، وإن قتله فلا ضمان عليه؛ لأنه لو ضمن شيئًا لأخذه؛ فلا فائدة فيه.

وإن قتل المدبر سيده عمدًا بطل تدبيره لأنه أراد أن يعجل ما أجله الله فيؤاخذ بنقيض قصده؛ كالوارث، أو خطأً لم يبطل تدبيره.

فرع: فى الجواهر: التدبير يرتفع بقتل السيد عمدًا، وباستغراق الدين له، وللتركة، وبمجاوزة الثلث يرفع كمال الحرية.

تمهيد:

خالفنا (ح) إذا مات السيد عليه دين يغترقه، قال: يستسعى للغرماء، فإذا أدى، عتق[3]؛ على قاعدته فى المعتق بعضه.

لنا: أن التدبير فى معنى الوصية، والدين مقدم عليها، وإحالة الغرماء على سعاية

---

(١) فى ط: وقامه.

(٢) فى ط: خرج.

(٣) فى ط: أعتق.

قد لا تحصل[1] مفسدة عليهم، وإلزام العبد ما لم يجز ظلم عليه.

[و][2] وافقنا (ش) فى حمل المدبرة إذا وضعته، لأقل من ستة أشهر بعد التدبير: أنه يتبعها فى العتق.

وإذا ملك السيد المدبر أمة فوطئها فأتت بولد، فله قولان فى ملكه بالتمليك: فعلى القول بعدم الملك: الولد ملك للسيد، وإلا فالولد ملكه، ولا يعتق عليه عبده؛ لأن ملكه غير تام.

وله فى تبقيته فى التدبير قولان؛ بناء على أن العبد لا يتبعه ولده فى الرق والحرية، وإنما أمه.

وله فى بيع ولد المدبرة من نكاح أو زنى قولان:

لنا: القياس على أم الولد يتبعها ولدها من غير السيد عنده.

* * *

(١) فى ط: يحصل.

(٢) سقط فى ط.

كتاب الكتابة

وفى التنبيهات: هى مشتقة من الأجل المضروب، والكتابة: الأجل؛ لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [البقرة: ١٨٣] أى: التزمتم الصيام، كما التزمه الذين من قبلكم و ﴿كَتَبَ رَبُّكُمْ عَلَىٰ نَفْسِهِ الرَّحْمَةَ﴾ [الأنعام: ٥٤] والعبد ألزم نفسه المال.

أو من الكتابة لأنها تقع[1] بمكتوب.

ويقال فى المصدر: كتاب، وكتابة، وكتب، ومكاتبة.

وقال غيره: من الضم، ومنه سمى الجيش: كتيبة؛ لضم بعضه لبعض، والنجوم يضم بعضها لبعض، وكانت العرب لا تعانى الحساب، وتعرف الأوقات بطلوع النجوم، فسميت الأوقات نجومًا، وكانت فى الجاهلية فأقرها الإسلام.

وأصل جوازها: الكتاب والسنة، والإجماع.

فالكتاب: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] والخير: قيل: الدين؛ ليتخلصوا لطاعة الله تعالى، وقيل: المال؛ ليتم العقد.

والسنة: قوله ﷺ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِى عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ دِرْهَمٌ»[2] وأجمعت الأمة على جوازها.

النظر فى أركانها وأحكامها

النظر الأول: فى الأركان، وهى أربعة

الركن الأول: الصيغة: وفيه ستة فروع:

الأول : فى الجواهر: هى أن تقول: كاتبتك على خمسين فى نجم، أو نجمين فصاعدًا، كل نجم كذا، وإن لم يقل: إن أديت فأنت حر.

قال (ش): لا تجوز إلَّا على نجمين، ولا يجوز نجم ولا الحالة؛ لما روى عن

---

(١) فى ط: لا يقع.

(٢) أخرجه من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أبو داود (٣٩٢٦، ٣٩٢٧)، والنسائى فى الكبرى (٣/ ١٩٧)، والحاكم فى المستدرك (٢/ ٢١٨)، ونقل الحافظ فى التلخيص (٤/ ٣٨٩) عن النسائى قوله: هذا حديث منكر، وأخرجه عن ابن عمر موقوفًا مالك فى الموطأ (٢/ ٧٨٧) كتاب المكاتب: باب القضاء فى المكاتب(١).

عثمان - رضى الله عنه - أنه غضب على عبده فقال: «لأعاقبنك ولأكاتبنك[١] على نجمين» ؛ فدل على أنه لا يجوز أقل من ذلك وإلا لعاقبه[٢] بالتضييق به.

وعن على - رضى الله عنه - أنه قال: الكتابة على نجمين، والإيتاء[٣] من الثانى.

ووافقه ابن حنبل على منع الحال، ووافقنا (ح).

احتجوا: بالأثرين السابقين[٤].

ولأنه يعجز عن أدائه فينفسخ العقد، ويبطل المقصود فيمتنع، كالسمك فى الماء، والطير فى الهواء، بخلاف بيعه من نفسه، فإنه لا ينفسخ بالعجز.

والجواب عن الأثرين: أما أثر عثمان - رضى الله عنه - فإنه يدل على أن ذلك تضييق على ذلك العبد؛ لقصور قدرته على الحلول، وأما أثر على - رضى الله عنه - فهو إنما يدل على نفى الحلول بمفهومه لا بمنطوقه، وهو خرج مخرج الغالب، فلا مفهوم له.

وأما التعجيز: فذلك غير لازم فى جميع الصور؛ فلا تحصل هذه الدعوى من هذا الدليل.

ويؤكد ما قلنا: القياس على البيع وسائر المعاوضات، وبالقياس على ما إذا[٥]، قال: أنت حر على مال.

وقال (ش): كاتبتك على كذا، ليس صريحًا؛ فلا يعتق بالأداء حتى يقول السيد: نويت: إن أدى فهو حر؛ لدوران: «كاتبتك» بين الكتابة، ومخارجة العبد، والكتابة بالقلم؛ فلا تنصرف لأحدها[٦] إلا بالنية، ووافقنا (ح).

والجواب: أنه مشتهر فى العرف فى الكتابة المخصوصة، فينصرف إليها[٧] من غير نية؛ كالمخالعة، تحتمل خلع الثياب وغيرها، وهى تنصرف لزوال العصمة، وإن لم يقل: إذ دفعت العوض فأنت طالق.

---

(١) فى ط: لا عاقبتك ولا كاتبتك.
(٢) فى ط: ولا يعاقبه.
(٣) فى ط: والإتيان.
(٤) فى ط: بالأثر السابق.
(٥) فى ط: أدى.
(٦) فى ط: لأحدهما.
(٧) فى ط: فتنصرف إليه.

الثاني : فى الجواهر: «أنت حر على ألف»، قيل: يعتق فى الحال، والألف فى ذمته؛ لأن له انتزاع ماله وعتقه، ولو باعه من نفسه صح وله الولاء، وكذلك إن دس من اشتراه، أو اشترط أن يوالى من شاء؛ لأن السيد هو المعتق، فله أخذ ماله من غير بيع.

الثالث: فى الكتاب: إن اشترط أنه إن عجز عن نجم رق، أو[1] إن لم يؤد نجومه إلى أجل كذا فلا كتابة له - لم يكن له تعجيزه بما شرط، ويعجزه[2] السلطان بعد أن يجتهد له فى التلوم بعد الأجل، [إن رجا له مالا][3]؛ لأنك تتهم فى تعجيزه وإرقاقه لك[4].

قال ابن يونس: قال بعض فقهائنا: إن شرطت عليه: إن شرب خمرًا أو نحوه فهو مردود للرق، ففعل، لا ترده فى الرق، بخلاف العتق إلى أجل، فيشترط عليه: إن أبق فلا حرية له.

والفرق: أن الثانى ضرر عليك.

الرابع: إن شرطت وطأها مدة الكتابة، بطل الشرط دون الكتابة، كما لو أعتقها إلى أجل على أن يطأها، وقال (ش) و (ح): الكتابة فاسدة؛ لمناقضته لها؛ لأن شأن الكتابة حوز النفس.

وجوابه: أن ذلك اشترط منفعة من منافعها، وذلك لا يناقض العقد، كما لو شرط أن يزوجها من غلامها، ويستخدمها، أو شرط: أن ما[5] ولدت فى كتابتها رق لك؛ لأنها لا تنفسخ بالغرر، [كما تنفسخ بالبيع إذا شرط وطأها][6].

قال ابن يونس: ويكون الولد المشترط تبعًا لأمه، ولا يجوز استثناء ما فى بطنها ويبيعها.

وعن مالك فى هذا كله: تفسخ الكتابة إلا أن يرضى السيد بإسقاط الشرط.

وقال أشهب: تنفسخ ولو بقى منها درهم، إلا أن يرضى السيد بإسقاط الشرط،

---

(١) فى ط: و

(٢) فى ط: شرطت، ويعجز.

(٣) فى ط: فإن رجاه وإلا.

(٤) فى ط: والغطاعة كذلك.

(٥) كذا فى ط.

(٦) فى ط: أيما.

فإن لم يعلم بها حتى أدى المكاتب، تبعها الولد.

وقال محمد: إذا أدى ولو نجمًا بطل الشرط، وصحت الكتابة، وقبل ذلك يخير السيد بين إبطال الشرط والكتابة.

قال ابن القاسم وأشهب: لو كان الشرط من المكاتب: أن ما تلده[١] زوجته، وهى أمة السيد فهو[٢] معه فى الكتابة، فذلك جائز، فإن باعها السيد أو وهبها، لم يدخل ما تلد بعد ذلك فى الكتابة.

قال محمد: وإن كاتب السيد امرأته على حدث، سقط شرط الزوج فى ولدها المولود بعد كتابتها، ويعتق الولد مع أولهما عتقًا ويسعى معهما معونة لهما، ويرث من مات من أبويه قبل العتق، وإذا أعتق مع أولهما لم يبق له مع الثانى سعاية ولا موارثة، وما ولدته بعد إسقاط الشرط ففى كتابتها خاصة.

الخامس:

فى الكتاب: إن كاتبته[٣] على خيار أحدكما شهرًا أو يومًا، كان كالبيع، وبالأولى لأنها مبنية على المسامحة، وما ولدت فى الخيار دخل فى كتابتها إن أمضاها من له الخيار، وإن كرهت يدخل فى البيع ما ولدت المبيعة فى الخيار، وولد المكاتبة فى الخيار أبين.

وقال غيره: لا يدخل[٤]؛ لأنه لم تتم الكتابة إلا بعد الولادة، وكذلك الولد فى البيع للبائع، ولا ينبغى للمبتاع أن يختار الشراء للتفرقة.

قال ابن يونس: قال أشهب: الولد للسيد، ولا يدخل فى الكتابة، وكذلك أرش جنايتها، وما وهب لها، والولد فى بيع الخيار للبائع، ولا ينبغى للمشترى أن يختار البيع للتفرقة، فإن فعل فإما أن يضم المشترى الولد إلى أمه، أو يأخذ البائع الأم فيجمعان فى حوز أحدهما، وإلا نقضت البيع.

قال ابن القاسم: الهبة والصدقة فى أيام الخيار للبائع، بخلاف الولد، وهو رجوع، وأشهب[٥] يرى فى الخيار أن العقد يوم وقع الاختيار، وابن القاسم يرى أن

(١) فى ط: إن مات له.
(٢) فى ط: وهو.
(٣) فى ط: كاتبه.
(٤) فى ط: تدخل.
(٥) فى ط: لأشهب.

الاختيار مضى للعقد الأول، فكأنه لم يزل منعقدًا، والفرق عنده بين الهبة والولد: أن مال العبد للبائع فحمل ما طرأ له للبائع، والولد لم يكن له.

قال ابن القاسم: أرش ما جنى عليها[١] فى أيام الخيار، وفى عهدة الثلاث للبائع؛ لأنها فى ضمانه، وعليه نفقتها.

قال اللخمى: يجوز الخيار وإن بعد، وهو عند ابن القاسم بخلاف البيع؛ لأن الخوف فى البيع من بيع معين، فتأخر ضمانه على البائع، فيزيد فى الثمن لمكان الضمان، وفى الكتابة: الضمان من السيد قبل الكتابة وبعدها وليس للسيد انتزاع ماله فى زمن الخيار، بل الخيار فى العمل[٢] والمال أربعة: متقدم لا ينزع إلا أن ترد[٣] الكتابة، أو حدث من خراجه بعمل يده فينتزع[٤]، أو حدث من غلة ثالث بحيلته أو عبيده، فلا ينتزعه، واختلف فى الهبة والصدقة قال: وأراهما للسيد إلا أن يقصد الدافع العون فى الكتابة، وإن لم يمض الكتابة من له الخيار، فللواهب والمتصدق رده.

السادس:

فى المنتقى: إذا شرط عليه ألا يسافر، صح العقد والشرط.

وأبطل (ح) الشرط دون العقد، وجعل له السفر.

وعندنا: يمنع من سفر بعيد، يحل فيه نجم إلا بإذن سيده، وهو سَوَّى بين السفرين.

وعند (ش) فى السفر والشرط قولان.

لنا قوله ﷺ: «المُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِى عَلَيْهِ شَىء»[٥] والعبد لا يسافر إلا بإذن سيده، والفتوى[٦] قبل الكتابة على ذلك، والأصل: بقاؤه.

ولأن السفر غرر وخطر، وربما أتلف أمواله فيه، أو حلت الكتابة له.

---

(١) فى ط: عليهما.
(٢) فى ط: العقل.
(٣) فى ط: يريد.
(٤) فى ط: محمل يده فنيتن.
(٥) تقدم.
(٦) فى ط: التقوى.

احتجوا: بأنه مالك التصرف فيما يتوصل به إلى الأداء، ومنه السفر.

وجوابه: أن الملك للسيد[١]، والغالب أنه لم يملكه الخطر بشهادة العادة.

تفريع:

إن شرط ألا يسافر، ولا ينكح، ولا يخرج من أرضه إلا بإذنه، فإن فعل فله إبطال كتابته.

قال مالك: [لك][٢] إبطالها إن فعل، وترفعه للسلطان، وليس له أن يفعل ذلك إلا بإذنك، شرطته[٣] عليه أم لا، لأنه قد يضيع ماله فى الصداق وغيره.

وكذلك لو شرطت ولاءه لغيرك، بطل الشرط دون العقد، والرفع للسلطان؛ لينظر: هل لك منعه من ذلك أم لا؟ [و][٤] لا تنفسخ الكتابة ولا يتزوج المكاتب إلا بإذن سيده، وقاله (ش)، ولك إجازته وفسخه كالقن، والزوجة بعد الدخول بما استحل به، وهو ربع دينار، فإن أديت له ومعه غيره فى الكتابة.

قال أشهب: ليس لك إجازة ذلك إلا بإجازة من معه، إلا أن يكونوا صغارًا، فيفسخ بكل حال.

الركن الثانى: العوض:

وفى الجواهر: شرطه أن يكون دينًا منجمًا ومؤجلًا، قال ابن القصار فى تعليقه: التأجيل والتنجيم ظاهر أن يكون قول مالك وشيوخنا.

وقال القاضى فى الإشراف: ليس عن مالك نص صريح فى الحالة، وأصحابه يجيزونها، وهو وأصحابنا، جوزوا الحالة، وقاله (ح).

وقال (ش): لا بد من نجمين، وتقدم البحث [فيه][٥] فى الركن الأول.

وفى الركن سبعة فروع:

الأول: فى الكتاب: يجوز على وصف حمران أو سودان من غير وصفهم، وله الوسط من ذلك الجنس، كالنكاح، ووافقنا (ح) وابن حنبل، وقال (ش): لا بد من

---

(١) فى ط: السيد.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: شرطه.
(٤) سقط فى ط.
(٥) سقط فى ط.

ذكر أوصاف السلم.

لنا: أن العتق معنى لا يلحقه الفسخ؛ فجاز أن يكون العبد المطلق عوضًا[١] كالغرة.

احتجوا: بالقياس على البيع والإجارة.

وجوابه: الفرق بأن الكتابة مبنية على المسامحة؛ لأنه بيع ماله بماله، ومقصودها المهم: العتق؛ فلا يضر الغرر فى المالية، بخلاف البيع، مقصوده: المالية والمكايسة.

وفى الكتاب: إن أوصى أن يكاتب عبد كوتب بكتابة مثله فى أدائه، وإن كاتبه على قيمته جاز، وينجم عليه الوسط من قيمته.

ومنعه (ح) للجهالة.

لنا: القياس على الوصف.

أو لأنها معلومة غالبًا، ويجوز على عبد فلان، بخلاف النكاح؛ لأنه لا يجوز خلوه عن العوض، بخلاف العتق.

ويمتنع على لؤلؤ غير موصوف؛ لتفاوت الإحاطة بصفته.

[و] فى التنبيهات قيل: قوله فى اللؤلؤ مخالف لجواز السلم فيه.

والفرق: أنه فى السلم يوصف، وههنا غير موصوف؛ فيتعذر ضبط وسطه؛ لاختلاف أجناس وسطه، وأيسر تفاوته عظيم، بخلاف الوصف، وسوى[٢] غيره بينهما، واتفق جماعة منهم إذا لم يسم عدد اللؤلؤ أو وزن جملته امتنعت الكتابة.

واختلفوا إذا لم يسم عدد الوصف، فقيل: تمتنع الكتابة.

وقيل: تجوز، وله كتابة مثله وصفًا.

قال ابن يونس: إن لم يصف الجنس وفى البلد سودان وحمران من غير غلبة أحدهما: أعطى النصف من كل جنس كالنكاح.

قال بعض أصحابنا: إذا لم يذكر عدة الوصف، فله عليه كتابة مثله وصفًا ما لم ينقص عن وصفين.

وكذلك قول غيره فى اللؤلؤ ما لم ينقص عن لؤلؤتين، وجعله مثل ما إذا أوصى

---

(١) فى ط: عرضًا.

(٢) فى ط: أو.

أن يكاتب ولم يسم ما يكاتب به.

وقيل: لا يجوز ذلك فى الصحة، ويجوز فى الوصية؛ لتعذر مراجعة الميت فى إرادته.

وفى الكتاب: إن كاتبه على ألف درهم ولم يذكر أجلًا، نجمت عليه، وشأن الكتابة: التأجيل.

وكذلك إن أوصى أن يكاتب بألف درهم ولم يضرب أجلًا.

ومن ههنا: قيل: إن ظاهر المذهب: منع الكتابة الحالة.

قال سحنون: وإن كاتبه على عبد فلان، ولم يصل إليه، فعليه قيمته ومنعه أشهب؛ للخطر، وتفسخ الكتابة.

قال محمد: وإن لم يشترط أدى قيمته ولا يفسخ.

وقال ابن ميسر: لا يتم له شىء إلا بعبد فلان، كما قال ابن القاسم: إذا كاتبه على عبد آبق، أو بعير شارد، ولم يأت به، فقد عجز.

قال اللخمى: وكره أشهب البعير الشارد ونحوه، وقول ابن القاسم أحسن؛ لأن له انتزاع ذلك منه بغير عتق؛ فإذا أعتقه عليه، فقد تفضل عليه، وجوزها ابن القاسم على إتيانه بعبده الآبق؛ لأن له إجباره على طلبه، ويجوز: على أن يغرس أرضه وديًا، فإذا بلغت فهو حر، واختلف فى هذا الأصل، هل هى كتابة فتثبت عند الفلس والموت، أو عدة فتبطل؟ قولان لابن القاسم.

ومنه: تربية البقر حتى تصير عدد كذا، وإذا كاتبه بقيمته قوم بالحال؛ لأنه أصل القيم، ثم ينجم، وإن سمى النجوم ولم يسم[1] ما يؤدى فيها، جعل عليه ما يستطيعه.

الثانى: فى الكتاب: إن أعتق بأداء العبد الموصوف فوجد معيبًا، رده واتبعه بمثله، ولا يرد العتق، وكذلك النكاح؛ لأن العبد فى الذمة، وإن كاتبه على طعام مؤجل، فله مصالحته على دراهم معجلة، ولا يبيعه من أجنبى؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، ويجوز فسخ العين أو العرض حل أم لا، فى عرض نقدًا أو مؤجلًا، مخالفًا للعرض الذى عليه، أو من صنفه، بخلاف البيوع؛ لأنه فسخ دين فى دين، ولا تبعه من

(١) فى ط: يسلم.

أجنبي إلا بثمن معجل، ويجوز أن [تضع عنه وتتعجل أو تؤخر][(١)] ويزيدك، وتفسخ الدنانير في دراهم إلى أجل، ويعجل عتقه؛ لأنها ليست بدين ثابت؛ لأنه لا يحاص بها في الفلس ولا الموت، إنما هي كمن قال: إن جئتني بكذا فأنت حر، ثم قال: إن جئتني بأقل، فأنت حر، ولك مقاطعته بما عليه في عمل يعمله، أو حفر بئر طولها كذا.

فائدة:

في التنبيهات: القطاعة بفتح القاف وكسرها؛ لأنه قطع طلب سيده عنه بما أعطاه، أو قطع له بتمام جزيته بذلك، أو قطع بعض ما كان له عنده وجوزها مالك بما يجوز بينك وبين غريمك، عجلت العتق بذلك القبض، أو أخرته بتأخير بعضه، عجل قبض ما قاطع عليه أو أخره، ومنعها سحنون إلا ما يجوز بينك وبين غريمك الأجنبي، وقاله (ش) قياسًا على البيع.

فائدة:

الفعالة بفتح الفاء: السجايا الخلقية: كالشجاعة والبسالة[(٢)]، والنجابة، وبكسرها: الصنائع، كالنجارة والخياطة والصياغة، وبضمها: لما يطرح: كالنخالة، والفضالة، والنحالة، والزبالة، وهذه الاستعمالات لغة - على كثرتها[(٣)] - غير مطردة، والقطاعة: هي بيع الكتابة بشيء آخر فهي نحو من الصناعة والتجارة، فالكسر فيها أنسب.

قال ابن يونس: قال سحنون: إذا كانت القطاعة يعملها سيده امتنع؛ لأن كل خدمة تبقى بعد عتقه فهي ساقطة، وإن كانت عليه دينًا عاش أو مات جازت، [و][(٤)] تعجل العتق وإلا امتنع، وكان دينًا بدين، وقد كره مالك الربا بين العبد وسيده.

قال ابن القاسم: وإذا أحالك[(٥)] مكاتبك بالكتابة على مكاتب له، وله عليه مثل ما على الأعلى، امتنع، إلا أن يثبت أخت عتق الأعلى، فإن عجز الأسفل كان رقًا لك، ولا يرجع على المكاتب الأعلى بشيء؛ لأن الحوالة كالبيع وقد تمت حريته.

ومنع ابن القاسم الحمالة بالكتابة إلّا على تعجيل العتق، وأما الحوالة على من لا

---

(١) في ط: يضع عنه ويتعجل أو يؤخر.
(٢) في ط: الفساله.
(٣) في ط: لكثرته.
(٤) سقط في ط.
(٥) في ط: أحل لك.

دين له قبله فتمتنع؛ لأنها حمالة، أو على من له عليه دين حال أو لم يحل، جاز إن حلت الكتابة، ويعتق مكانه، وكذلك إن حل عليه نجم، ويبرأ من ذلك النجم، وإن كان آخر نجومه عتق مكانه، وإن لم يحل النجم لم يحل، امتنعت الحوالة، وإن حل الدين؛ لأنه فسخ دين لم يحل فى دين حال أو لم يحل.

وكره مالك بيع الكتابة من أجنبى بعرض أو غيره إلى أجل؛ لأنه دين بدين، ووسع فيه بينك وبين مكاتبك، وجوز أشهب الحوالة وإن لم تحل الكتابة، ويعتق مكانه؛ لأنها ليست بدين ثابت، وكأنه عجل عتقه على دراهم نقد، ومؤجلة، والكتابة دنانير لم تحل، كمن[١] قال: إن جئتنى بدراهم فأنت حر، ثم قال: إن جئتنى بعشرة دنانير فأنت حر، وإنما كرهه ابن القاسم فيما لا يعتق[٢] به كله مكانه.

الثالث: فى الكتاب: إن كاتبه على خدمة شهر، جاز عند أشهب، ولا يعتق حتى يخدم شهرًا؛ لأنه ظاهر الشرط.

وقال ابن القاسم: إن عجل عتقه على خدمة شهر بعد العتق، بطلت الخدمة، وهو حر؛ لأنه استثنى من الحرية الخدمة، والحرية لا يستثنى منها، وكما لو قال: «على أن أطال»، وإن أعتقه بعد الخدمة، لزمت العبد الخدمة؛ لوقوعها فى زمن الرق، وكل خدمة اشترطها بعد أداء الكتابة بطلت، أو فى كتابة، فأدى الكتابة قبل تمامها سقطت.

[و][٣] فى النكت: قال بعض شيوخنا: إذا كاتبه على خدمة شهر لا يختلف ابن القاسم وأشهب إلا فى وجه واحد: إذا عجل قيمة الخدمة، فيتعجل عتقه عند أشهب: كتعجيل الكتابة، ولا يتعجل عند ابن القاسم.

قال بعض شيوخنا: والمكاتب إلى مدة يخدمها معلومة: له حكم المكاتب؛ لا[٤] المعتق إلى أجل؛ لإشعار لفظ الكتابة، لإرادة السيد لذلك، فيحوز ماله، وينفق على[٥] نفسه.

وقوله: «إذا عجل الكتابة سقطت الخدمة»، إنما يصح فى الخدمة اليسيرة؛ لأنها

---

(١) فى ط: فمن.
(٢) فى ط: تعتق.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: لأن.
(٥) فى ط: عليه.

فى حيز التبع، فإن كان الأقل مالاً والأكثر خدمة فلا.

قال ابن يونس: إذا أدّان، له حكم المكاتب لا المعتق إلى أجل، ينبغى أن يكون له التعجيل قيمة الخدمة، وإنما يمتنع إذا قال: اخدمنى شهرًا وأنت حر؛ لأنه معتق إلى أجل.

قال مالك: وإن كاتبه وشرط عليه أسفارًا وضحايا، فأدى الكتابة وعجل الضحايا، عتق، وسقطت الأسفار.

وعنه: إذا لم تحل الضحايا، وعجل قيمتها عتق، والقيمة على أنها حالة.

وعن ابن القاسم: إن شرط عليه خدمة أربعة أيام كل أسبوع مدة الكتابة فقط، والأضحية ما عاش لزمه.

فإن أدى الكتابة قبل محلها أو بعده، سقطت الخدمة، ويعمر المكاتب، ويؤدى[1] قيمة الضحايا فى تعميره معجلة، ولا يعتق حتى يؤديها؛ قاله مالك.

وقال ابن القاسم: يؤدى القيمة حالة إلى أجلها.

قال ابن القاسم: وإن شرط ألا يخرج من خدمته حتى يؤدى لا يفسخ بذلك، ولزم الشرط.

قال محمد: سقطت الخدمة إذا بقيت بعد الأسفار؛ لأنها بقيت من الرق وقد أمر الشرع بتكميل العتق على معتق بعضه حتى لا يبقى فيه شىء من الرق، إلا أن يشترط العتق بعد أداء الخدمة والأسفار، فيلزمه، ولا يعتق حتى يفعل ذلك، أو يعجل قيمته.

وعن مالك «ابن لى هذه الدار وأنت حر» فمرض، فله أن يأتى بمن يبنى وإن كره السيد، قال أحمد بن ميسر: هذا فى العمل المفهوم كالبناء بخلاف الخدمة، إلا أن يرضى السيد، لأنه معتق إلى أجل. قال ابن يونس: التفرقة التى فى الثلث بين الخدمة اليسيرة وغيرها: مخالفة لتعليل محمد ببقاء الرق، فإن الرق تكمل حريته، وإن بقى الأكثر. قال اللخمى: إن كاتبه على خدمة هذا الشهر فمرض أو أبق ؛ لم يعتق بخلاف المعتق إلى أجل؛ لأنه مكاتب لم يؤد ما عليه، فإن أعطى قيمة ذلك الشهر عتق استحسانًا، وإن قال: على خدمة شهر فمرض بعد العقد شهرًا على سنة الكتابة، فإن اعترف أنه أراد تعجيل العتق، وعتق وسقطت الخدمة.

---

(١) فى ط: تؤدى.

وفى الموازية: إذا اشترط مع المال أسفارًا فأدى، لا يعطيه مكان الأسفار شيئًا، وعلى هذا يعطيه قيمة الخدمة.

الرابع، فى الكتاب: إن كاتب على ألف، على أنه إذا أدى وعتق فعليه مائة، جاز، كمن أعتقه على أن عليه مائة.

قال ابن يونس: قال محمد ويتبعه[١] بالمال، ولا يحاص به الغرماء.

قال سحنون: قول مالك: «أنت حر، وعليك»، أو «أنت حر على أن عليك» - سواء، وهو حر وعليه ما سمى.

وقال ابن القاسم: يخير العبد فى: «على أن عليك» فى العتق والاتباع بذلك، أو يبقى رقًا.

الخامس: فى المقدمات: يمتنع بالغرر والمجهول إلا أن يستخف، فإن كان [فى][٢] حقهما أو حق السيد، نحو الكتابة إلى موت فلان بكذا، أو إلى أجل معلوم بالشارد والآبق، أو جنين فى بطن أمه لفلان - فيمتنع اتفاقًا.

أو فى حق المكاتب خاصة: كالمكاتبة إلى أجل معلوم على عبد فلان، أو يأتيه بعبده الآبق، أو: إن بلغت البقرات كذا إلى أجل كذا - فقولان: الجواز لابن القاسم، والمنع لأشهب.

وأما إن كان الآبق للعبد، وبدأ إليه منه الآن، فهو حر، والآبق للسيد، وجده أم لا؛ لأنه أعتقه وانتزعه منه.

السادس: قال البصرى فى تعليقه: إذا كاتبه على ميتة، أو موقوذة، ودفع العبد ذلك، رجع السيد عليه بالقيمة، كما نقول[٣] فى الخمر والخنزير، وقاله (ش) قياسًا على الخمر والخنزير، وكالخلع والنكاح.

وقال (ح): لا يرجع فى الميتة؛ لأنها شرط لا عوض؛ لعدم قبولها للعوض، [بخلاف الخمر والخنزير، له مالية عند أهل الذمة][٤].

---

(١) فى ط: وسعه.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: يقول.
(٤) فى ط: بخلاف الميتة والخنزير له ماله عند الذمة.

السابع: قال: إذا وجد العوض معيبًا وليس معه مال[١]، رد عتقه، وقاله (ش). وقال (ح): لا يرد.

لنا: أن العوضَ لم يحصل فلا يعتق، كما إذا كاتبه على عوض فلم يؤده.

احتجوا: بأنا قد حكمنا بالعوض فلا يرد.

جوابه: حكمنا به ظاهرًا لا باطنًا؛ فيرد كما لو حكمنا، ثم ظهر كذب البينة.

[و][٢] في الجواهر: إن كاتبه على أن يشترى منه شيئًا بنصف الكتابة: لم يلزمه الشراء، وإن كاتبه وباعه[٣] شيئًا على عوض واحد، دفعة واحدة صح ولزم البيع والكتابة؛ كالبيع والإجارة.

الركن الثالث: المكاتب.

وفي الجواهر: شرطه أن يكون مكلفًا، أهلًا للتصرف؛ لأنها عقد. ولا يشترط أهلية التبرع؛ لأنه لم يغبن[٤]، بل ربما أخذ أضعاف قيمة العبد وهو الغالب.

وفي الركن ستة فروع:

الأول: في الكتاب: إذا كاتب الشريكان معًا امتنعت مقاطعة أحدهما على حصته إلا بإذن شريكه؛ لأنه تصرف في المال المشترك، فإن أذن له فقاطعه من عشرين مؤجلة في حصته على عشرة معجلة، ثم عجز المكاتب قبل أن يقبض هذا مثل ما أخذ المقاطع، خير المقاطع بين أن يؤدى لشريكه ما أخذ ويبقى العبد بينهما، أو يسلم حصته من العبد إليه رقيقًا.

وإن مات المكاتب عن مال، فللآخر أن يأخذ منه جميع ما بقى له من الكتابة بغير حطيطة، حلت أم لا؛ لأن الموت يوجب الحلول ولمالك[٥]: ماله بينهما على قدر حصتهما في المكاتبة؛ لأنه مات رقيقًا، وإن حل نجم فقال: آتنى[٦] به وخذ المستقبل ففعل، ثم عجز عن النجم الثاني، رددت نصف ما قبضت؛ لأنه سلف منه لك، ويبقى العبد بينكما، ولا خيار للمقتضى، بخلاف القطاعة، وهو كالمال

(١) في ط: ماله.
(٢) سقط في ط.
(٣) في ط: وباع.
(٤) في ط: يتعين.
(٥) في ط: والمالك.
(٦) في ط: آتوني.

منجم، بدأ أحدهما بنجم على أن يأخذ الآخر النجم الثانى، ففلس الغريم فى الثانى، رجع على صاحبه.

وإن أخذ أحدهما من المكاتب جميع حقه بعد محله بإذن صاحبه، وأخره[(١)] صاحبه، ثم عجز المكاتب، فلا رجوع للذى أخره على المقتضى.

ويعود العبد بينهما؛ كقبض أحدهما من غريمهما حظه بعد محله، وأخره[(٢)] الآخر، ثم فلس الغريم، فلا رجوع على المقتضى بشىء؛ لأنه لم يسلفه شيئًا، بل أغر غريمه.

وإن تعجل أحدهما جميع حقه من النجوم قبل محله بإذن شريكه، ثم عجز المكاتب عن نصيب شريكه؛ فهذا يشبه القطاعة.

وقيل: كالقطاعة، ويعد ذلك سلفًا من المكاتب المعجل.

والقطاعة التى أذن فيها أحدهما لصاحبه كالبيع؛ لأنه باع حظه على ما تعجل منه، ورأى أن ما قبض أفضل له من حظه فى العبد إن عجز.

قال ربيعة: قطاعة الشريك بخلاف عتقه لنصيبه، بل كشراء العبد نفسه. فى التنبيهات: إنما قال فى المقاطع بإذن شريكه إن أحب أن يرد ما أخذ، ويكون العبد بينهما قائمًا، يرد ما أخذ حتى يتساوى مع الذى لم يقاطع، ولو كان الآخر قبض أقل مما قاطع الآخر، فإنه يرد عليه بقدر ما يشترى معه، وهو نصف ما فضل به.

فى النكت: إذا قاطعه بإذن شريكه، ثم قتل[(٣)] المكاتب قبل أن يؤدى للشريك[(٤)] الآخر، فهو مثل عجزه لا كموته؛ لأن القيمة المأخوذة من القاتل عوض من رقبته، فإن حصل من قيمته مثل ما قبضه المقاطع، فلا مقام لمن يقاطع، أو أقل أو أكثر، فهو كما قاله فى الكتاب فى عجزه.

قال ابن يونس: قال محمد: إن قاطعه على عرض أو حيوان من العشرين التى له، نظر إلى قيمة ذلك نقدًا يوم قبضه، ثم رد فضلًا إن كان وأخذ حصته من العبد. وإن قاطعه على مِثْلِيٍّ رد مثله، ورد الآخر كل ما قبض [و][(٥)] يكون بينهما نصفين

---

(١) فى ط: أخذه.
(٢) فى ط: أخذه.
(٣) فى ط: قبل.
(٤) فى ط: الشريك.
(٥) سقط فى ط.

مع رقبة العبد، إلا أن يشاء أن يتمسك[١] بما قاطعه به، ويسلم حصته.

وإذا قاطعه بإذن شريكه، فاقتضى المتمسك أكثر مما أخذ المقاطع أو مثله، ثم عجز المكاتب لم يرجع المقاطع على المتمسك[٢] بشيء مما عنده من الفضل، ولو لم يأخذ المقاطع جميع ما قاطعه عليه حتى مات، ولم يترك إلا أقل مما بقي عليه من الكتابة - تحاصا فيه جميعًا بما بقي من القطاعة والكتابة، فإن لم يقبض المقاطع شيئًا، وقبض الذي لم يقاطع، ثم عجز قبل أن يقبض[٣] الذي لم يقاطع عند حلول كل نجم - فلا رجوع للمقاطع عليه؛ لأنه رضي بتأخير المكاتب، وترك لصاحبه ما أخذ، وإن تعجل قبل الحلول، أخذ المقاطع نصف ما اقتضى.

قال ابن يونس: وأرى إن اقتضى نجمًا مما حل عليه، فللمقاطع محاصته فيه بقدر ما قاطعه، والمتمسك بقدر النجم الحال؛ لأنه حل؛ فيتحاصان فيه بقدر ما حل لكل واحد.

وإن عجله قبل محله، فللمقاطع أن يأخذ منه قدر ما قاطعه عليه، وما فضل للمتمسك؛ لأن حق المقاطع قد حل، وحق الآخذ لم يحل، فتعجيله هبة، للمقاطع رده، وهذا إذا لم يكن له مال غيره، ولا أخذ المقاطع منه حقه، وتم للآخر ما عجل له.

فإن قاطعه بغير إذن شريكه وعلم بذلك قبل عجز المكاتب وموته، فما[٤] قبضه المقاطع بينهما، إلا أن يسلمه له شريكه، ويتمسك بالكتابة؛ فيصير كأنه قاطعه بإذنه، فإن لم يرض فله نصف ما أخذ المقاطع؛ لأن العبد وماله بينهما؛ فليس لأحدهما أن يأخذ منه شيئًا إلا بإذن شريكه؛ ولذلك امتنعت المقاطعة إلا بإذنه.

قال محمد: فإن قاطعه بغير إذن شريكه، ثم عجز المكاتب أو مات وقد استوفى المتمسك مثل ما أخذ المقاطع، أو ترك الميت ما يأخذ الآخر منه ما بقي له، أو مثل ما أخذ - فلا حجة للمتمسك؛ قاله ابن القاسم وأشهب.

واخْتُلِفَ إذا عجز ولم يأخذ المتمسك إلا أقل مما أخذ المقاطع، فخير ابن القاسم المتمسك بين الرجوع على البائع بنصف ما فضله به، ويكون العبد

---

(١) في ط: يتماسك.
(٢) المستمسك.
(٣) في ط: قبض.
(٤) في ط: وما.

بينهما، أو يتمسك[١] بالعبد، ولا يكون للمقاطع نصف رد الفضل وأخذ نصيبه فى العبد، بخلاف المقاطع بإذن شريكه، ورواه عن مالك.

وقال أشهب: إذا تمسك[٢] هذا بالعبد رجع الخيار لمقاطعه، فله رد نصف الفضل، وله نصف العبد.

قال مالك: إن قاطع المكاتب أحدهما على نصف نصيبه على مائة، والمكاتبة ثمانمائة، وأبقى الربع الآخر مكاتبًا بإذن شريكه، جاز، فإن عجز قبل أن يستوفى المتمسك شيئًا: خير المقاطع بين رد نصف ما قاطع به على شريكه، ويبقى العبد بينهما، ويبقى له ربع العبد، وللآخر ثلاثة أرباعه.

فإن قبض منه المتمسك مثل ما أخذ المقاطع وذلك مائة - خير المقاطع فى عجزه بين تسليم[٣] ما أخذ المتمسك، وله نصف العبد أو[٤] يأخذ ثلث المائة، وله ربع العبد، وللآخر ثلاثة أرباعه.

وكذلك إن قبض المتمسك مائتين فللمقاطع ثلثها وربع العبد، ويأخذ خمسين نصف ما فضله به، فيستويان فى الأخذ، ويكون العبد بينهما نصفين.

فإن قبض المتمسك ثلاثمائة، أخذ منه المقاطع ما بقى لهما من العبد مكاتبًا، وبقى العبد بينهما نصفين؛ لاستوائهما فى الأخذ، وإنما خير المقاطع إذا قبض مائتين فأقل؛ لأنه لم يقبض غير ما قاطع عليه، وحقه أن يأخذ الثلث من كل ما يقتضى؛ لأن له ربع العبد المكاتب، ولشريكه نصفه، فإن شاء أخذ ذلك، وله التمسك بما قبض، وله ربع العبد، أو يرد ما فضل به صاحبه، ويكون له نصف العبد؛ قاله محمد.

قال ابن يونس: ينبغى إذا عجز قبل أن يستوفى المتمسك أن يخير [بين أن يرد][٥] المقاطع لشريكه نصف ما فضله به، ويبقى العبد بينهما، أو يبقى له ثلث العبد، وللآخر ثلثاه؛ لأنه أبقى ربع العبد مكاتبًا، وللآخر نصفه مكاتبًا، فله مثل ما له؛ فيكون بينهما أثلاثًا، كما لو كان بين ثلاثة[٦] لواحد نصفه، وللآخر الربع، فيقاطعه

---

(١) فى ط: يتماسك.
(٢) فى ط: تماسك.
(٣) فى ط: سلامة .
(٤) فى ط: و.
(٥) سقط فى ط.
(٦) فى ط: ثلثه.

صاحب الربع بإذن شريكه، ثم عجز العبد قبل قبض المتمسك شيئًا، خير المقاطع بين أن يدفع لشريكه ما فضلهما به، ويبقى العبد بينهما كما كان أو يبقى العبد بين شريكه أثلاثًا: لصاحب الربع ثلثه، ولصاحب النصف ثلثاه، وكذلك إن كان بينهما، فقاطع أحدهما نصف نصيبه؛ لأن المقاطع لما رضى بما قاطعه به، فقد سلم ذلك الربع[1] لشريكه؛ لأنه أخذ عوضه.

قال محمد: فإن قاطعه أحدهما بإذن شريكه من الأربعمائة حصته على مائة، ثم زاد الآخر فى النجوم على أن يزيده المكاتب على حصته مائة، ورضى شريكه - جاز، ولا يجوز على ما بين سحنون؛ لأنه لم يتعجل عتقه.

قال محمد: فإن عجز قبل أن يأخذ المزاد شيئًا خير المقاطع بين نصف ما فضله به، ويكون العبد بينهما، أو يتمسك[2] ويسلم العبد، وإن قبض المزاد مثل ما أخذ المقاطع، وأخذ جميع حقه الأول بلا زيادة، بقى العبد بينهما نصفين، وإن قبض أكثر الزيادة رد نصف ذلك للمقاطع، ويبقى العبد بينهما نصفين، فإن مات العبد قبل أن يأخذ المزاد شيئًا، وترك مالًا، فليأخذ منه المزاد جميع ما له عليه من حقه الأول، والزيادة والفاضل بينهما نصفين، وإن لم يترك شيئًا لم يرجع المزاد على المقاطع بشىء.

فإن قتل العبد: قال أبو عمران: قيمته مثل تركته لا كرقبته؛ لأنها مال، ومن جنس ما أخذ المقاطع، والرقبة تقع الرغبة فيها؛ فلذلك خيرناه.

وقيل: هى كالرقبة، فإن كان فيها مثل ما أخذ المقاطع، أخذه المتمسك، أو أقل أو أكثر، فكالجواب فى عجزه.

قال: والأول أصوب، فالمكاتبان يقتل أحدهما فقيمته كرقبته.

وإن كان المكاتب بين ثلاثة: قاطع أحدهما بإذن صاحبيه[3]، وتمسك الثانى، ووضع الثالث، ثم عجز العبد - قال ابن القاسم: إن رد المقاطع نصف ما قاطع للمتمسك، فالعبد بين الثلاثة بالسواء، وإن أبى فهو بين المتمسك والواضع نصفين؛ لأن المتمسك أجل أخذه[4]، والواضع وضع حقه من المال دون الرقبة؛ لأن العبد

---

(١) فى ط: الربيع.
(٢) فى ط: يتماسك.
(٣) فى ط: صاحبه.
(٤) فى ط: المتماسك أحل أخذ.

لو أدى لم يكن له منه شيء، وإن لم يقاطع، وإن عجز فهو على حقه من الرقبة، وإذا حل نجم [فغلب بدأبة][1]، وخذ المستقبل، فعجز أو مات قبل حلول الثانى عليه، لا ترد نصف ما قبضت؛ قاله مالك، فإن حل الباقى قبل عجزه، فتعذر عليه، وانتظر لما يرجى له، فعلى الشريك أن يعجز لشريكه سلفه، ويتبعان جميعًا المكاتب بالنجم الثانى.

وعن ابن القاسم: إذا تقدمه بنجم فحل نجم بعده، فقال له: تقاص أنت وأنا، واقض ما أسلفتك، فليس ذلك عليه، ولا له قبله شيء، إلا أن يعجز المكاتب، فلو حل عليه نجم ولم يحل إلا نصفه، فقلت: ائتونى وانظر أنت المكاتب، أو سأله المكاتب ذلك، فهو انتظار فى الوجهين، ولا يرجع عليك إن مات أو عجز، ويكون العبد بينكما إذا لم يكن فيما جاء به زيادة على حق أحدهما، فإن كانت فيه زيادة، فأخذتها بإذن الشريك، واشترطت إنظار المكاتب، لم يلزم ذلك فى الزيادة؛ لأنها للذى[2] لم يقتض، وهى محال بها فيما لم يحل، فإن لم يدفعها المكاتب رجع بها الشريك، وإنما الإنظار فيما لم يحل، وإن سأل المكاتب [أحدهما قبل المحل][3] فى التأخير بحصته كلها حتى يتم اقتضاء الآخر فرضى - لزمه بخلاف ما أحضره المكاتب؛ لأنه بإحضاره وجب لهما.

قال اللخمى: إن كانت القطاعة على عشرين، فقبض عشرة، فعجز العبد، فهو كمن قاطع على نصف نصيبه، واختلف فيه:

فقيل: يخير الأول بين رد خمسة، ويبقى العبد بينهما نصفين، أو لا يرد، ويكون له من العبد ربعه، وللمتمسك ثلاثة أرباعه.

وقيل: الربع بينهما أثلاثًا، منصوصًا[4] على ما بقى لكل واحد منه، وإن قاطعته على عشرين نقدًا، والآخر قاطعه على مائة إلى أجل، وتراضيتما بذلك، جاز.

قال محمد: إذا كانت زيادة الثانى بعد قبض الأول؛ لأنه ليس له أن يضعفه حتى يستوفى الأول، فإن عجز قبل قبض الثانى شيئًا، قيل لأول: إن شئت فرد لشريكك نصف ما عندك[5] من الزائد، ويكون بينهما، وإن قبض أكثر مما قبض، وإن قبض

---

(١) كذا فى ط.
(٢) فى ط: الذى.
(٣) فى ط: أحدكما قبل محل.
(٤) فى ط: مفضوضًا.
(٥) فى ط: عندكم.

الزيادة التى زادها فعليه رد نصف الزيادة.

قال: والقياس: أن تختص بها؛ لأنها ثمن لذلك التأخير.

قال: وأما قول ابن المواز: «ليس له أن يضعفه حتى يستوفى الأول» فغلط؛ لأن الثانى أخره عن الأجل، فكيف يقبض الثانى قبل الأول، وإن أخذ الأول نصيبه - وهو عشرون - فمات المكاتب عن غير شىء، فلا رجوع للثانى عن الأول، فإن خلف مالًا حل عليه بالموت، وما فضل بينهما نصفين، وإن لم يأخذ الأول شيئًا فما خلف بينهما أسباعا، والفاضل عن الحقين بينهما نصفان، بخلاف المعتق، فإن التركة للمتمسك بالرق.

وإذا عجل المكاتب قبل الحلول نصيب أحدكما من الكتابة فرضى الآخر، قال ابن القاسم: هو كالقطاعة، إن شاء تمسك بما قبض وله نصف العبد.

وقيل: سلف من العبد، فله الرجوع على شريكه، فكلما عجز عن نجم رجع بقدره، فإن عجز ورق، لم يرجع إلا على النجوم؛ لأنه رضى.

الثانى: تمتنع كتابة المأذون وعتقه إلا بإذن سيده؛ لأنه محجور عليه إلا فى المتجر الذى أذن له فيه، فإن فعل بإذنه وعلى المأذون دين يغترق ماله، امتنع إلا بإذن الغرماء؛ لأن ماله لهم، وكتابته نوع من العتق، إلا أن يكون فى ثمن الكتابة إن بيعت كفاف الدين، أو لقيمة الرقبة، فتباع الكتابة للغرماء، فيعجل بها إن شاء، وكذلك المديان الحر يكاتب.

قال ابن يونس: الفرق بين المأذون وبين الوصى يكاتب عبد من يلى عليه: أن الوصى أقيم مقام الأب، والمأذون لم يقم مقام السيد، بل أذن له فى المتجر، وسوى أشهب بينهما وبين المكاتب؛ تغليبًا للتجارة، ومنع مقال الغرماء، وجوز مكاتبة الحر من غير محاباة، وإن كره الغرماء.

واختلف فى المريض فعكسا قوليهما، ومنعها سحنون.

فإن كاتب المديان وعلى العبد جناية قبل الكتابة، فقيم عليه، فقال العبد: أؤدى عقل الجناية والدين، وأثبت على الكتابة - قال مالك: ذلك له.

قال أبو عمران الفاسى: ويحاسب سيده فى الكتابة، ولم يكن للمكاتب منه شىء، بل تباع كتابته بالدين، ولا يحاسب بالجناية؛ لأنها لو طرأت لم يكن على السيد منها شىء، ويقوم بها المكاتب أو يعجز.

قال ابن القاسم: إن كاتبها المديان فولدت من غيره، فللغرماء فسخ الكتابة، ويرقها الدين وولدها، إلا أن يكون فى ثمن الكتابة إن بيعت مثل الدين أو قيمة رقبتها، فتباع الكتابة، فإن فلس السيد بدين لحقه بعد، بيعت الكتابة، ولا شىء للغرماء غير الكتابة، وإن كثر الدين.

الثالث: فى الكتاب: للوصى [مكاتبه عبد][1] الموصى عليه على وجه النظر، ويمتنع عتقه على مال؛ لإمكان الانتزاع، ويجوز من الأجنبى على عتقه كبيعه، إن كان نظرًا، وللأب مكاتبة مدبر ابنه نظرًا له، كما يبيع ويشترى له نظرًا ويعتق عبد ابنه الصغير، والأب ملىء، وإلّا لم يجز.

قال غيره: إلا إن أيسر قبل النظر فى ذلك، فيتم عتقه، ويقوم عليه.

قال ابن يونس: قال مالك: وإن لم يكن الأب موسرًا يوم أعتق فرفع للحاكم رد عتقه، إلا أن يتطاول زمانه، وتجوز شهادته، ويتزوج الأحرار، فيتبع بقيمته، وأما الكبير الخارج عن ولايته، فيرد عتقه لعبده كالأجنبى.

قال محمد: وإن أعتق عبد ابنه الصغير عن الابن: امتنع، وإنما يلزمه ويقوم عليه إذا أعتقه عن نفسه، وقاله (ش).

و [قال:] (ح): لا تجوز مكاتبة الأب والوصى.

لنا: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوٓا۟ أَعْمَٰلَكُمْ﴾ [محمد: ٣٣]، وقوله ﷺ «وإنما لامرىء ما نوى»، وهما قد نويا الكتابة.

ولأن لهما البيع، وهى[2] فى معنى البيع.

احتجوا: بأنها عتق بغير عوض؛ لأن [له أخذ كسبه][3] بغير عتق، ولأن فيها تغريرًا بمال الصبى؛ لأن المكاتب يحوز ماله، فقد يتلف ويعجز.

والجواب: أن النظر قد يؤدى إلى ذلك بأن يخاف إباقه[4]، كما له بيعه بالثمن اليسير نظرًا، وقد لا يكون له كسب فيحتاجون للكتابة بكسبها، ويحصل فى الكتابة أضعاف قيمته.

---

(١) فى ط: عند.
(٢) فى ط: وهما.
(٣) فى ط: لها أخذ اليسير.
(٤) فى ط: فإن يخف أفاته.

الرابع: في. الكتاب: يمتنع مكاتبتك شقصًا لك بإذن شريكك أو بغير إذنه، للذريعة إلى عتق النصيب بغير تقويم، ويفسخ وترد ما أخذت، فيكون بينكما مع رقبة العبد، قبضت الكتابة كلها، أو بعضها.

قال غيره: إنما يكون ذلك بينكما إذا اجتمعتما قسمة، ومن طلب رد العبد، فذلك له؛ لأن مال العبد المشترك لا يأخذ أحدكما منه شيئًا، إلا بإذن صاحبه، ولا ينتزع ماله حتى تجتمعا، وإن كاتبت حصتك، ثم كاتب الآخر حصته، ولم يتساويا، امتنع ذلك إذا لم تكاتباه جميعًا كتابة واحدة، كاتبتماه على مال متفق، أو مختلف؛ لأن كل واحد يقتضي دون الآخر.

قال غيره: إن تساويا في الأجل والمال: جاز ذلك، وأما إن أعتق هذا أو دبر، ثم فعل الآخر مثله، ولم يعلم صاحبه: جاز.

قال ابن يونس: وقيل: إن كاتبه إلى سنتين بمائتين، والآخر: بمائة إلى سنة، فإن حطه صاحب المائتين مائة، وصيره[1] بمائة إلى سنة، جاز، وكأنهما كاتباه معًا.

وإن أبق: قيل للمكاتب: أترضى أن تزيد صاحب المائة مائة، وتؤجلها إلى سنة؛ ليتفق الأداء، فإن فعل: جاز، وإلا فسخت الكتابة.

قال اللخمي: إن اتفقت في القدر والنجوم، والعقد مفترق: امتنع، فإن وقع؛ قال ابن القاسم: تفسخ، وأمضاها غيره، وأبطل الشرط، ويكون الاقتضاء واحدًا.

وإذا فسدت ولم يعلم حتى أدى نجمًا، أو صدرًا من الكتابة؛ ففي الفسخ قولان، ويسقط الشرط إن أمضيت، وإن أدى الجميع عتق قولًا واحدًا، وقاله (ش).

الفوت إن كان الفساد بإمكان الافتراق في الاتصال، واختلاف النجوم، أما اختلاف الأداء: فإن أخذ أحدهما مائة، والآخر مائتين، فالفسخ باق إلا أن يسمى العبد الآخر مائة، أو يرضى السيد أن تكون الدنانير والعروض بينهما، وإن كاتبه على مائة إلى سنة، والآخر على مائة إلى سنة، والثاني بمائة إلى سنة: فسخت، فإن أدى نجمًا أو صدرًا[2]، فإن رضي من له الفضل والعبد بلحوق الأعلى، أو رضيا بأن يكون الاقتضاء واحدًا مضت الكتابة، وإلا مضت على أحد الأقوال، ويكون

---

(١) في ط: خيره.
(٢) في ط: صخرا.

اقتضاؤهما واحدًا، وتفسخ على القول الآخر ما لم يؤد نجمًا أو صدرًا.

وإن كاتب نصيبه وحده ؛ ففى الكتاب: يفسخ.

وعنه يحلف السيد ما علم أنه يعتق عليه إذا أدى، فإن حلف لم يقوم عليه، وإلا قوم.

وظاهر قوله: أنه لا يرد عتق ذلك النصيب؛ لأنه لم يقل: إن حلف رد عتق النصيب الذى أدى، ويختلف على هذا إذا لم يكن فيه شرك:

ففى المدونة: يرق ما كوتب منه وإن أدى، وعلى القول الآخر: يحلف، فإن نكل عتق كله، إلا أن يكون عليه دين يغترق مالم يكاتب[1] منه، فيمضى ما كاتب فى نصفه؛ للخلاف أنها بيع أو عتق، فإن كان فيه شرك وفات بالأداء، أو فات ما قبضه وهو معسر، والذى اقتضاه مثل ما ينوبه من مال، كان بيده أو من خراجه، مضى عتق ما كاتب منه؛ لأن الرد إما للاستكمال - وهو معسر - أو لحق الشريك فيما يأخذه، وهذا لم يأخذ فوق حقه إن كان من خراجه، وإن لم يكن أذن، وإن كان من غير الخراج مضى إن كان بإذنه، فإن كان العبد معتقًا نصفه جاز مكاتبة بقيته.

ويختلف فى كتابة نصف البقية ؛ فعلى القول بأنه ليس بزيادة فساد يجوز، وإن كان نصفه مدبرًا جازت كتابة الآخر، إذا كان يسعى فى كتابته فى يوم من لم يدبر، وإن كانت السعاية من مال بيده قسم، فكان للمدبر نصيبه، ويسعى فى اليوم الآخر للكتابة، وكذلك إذا أعتق الأول - وهو معسر - أو أولد؛ لأن المقال فى قسمة المال للثانى؛ لأن بيعه بماله أفضل.

قال ابن وهب: إن أعتق أحدهم - وهو معسر - ودبر الآخر، وكاتب الثالث، يؤدى من ثلثى المال الذى فى يده، أو ثلثى ما يكسبه، ولا يؤدى من الجميع؛ لأن للمدبر أخذ ثلث ماله وخدمته.

الخامس: فى الكتاب: إذا كاتب النصرانى عبدًا لنصرانى: جاز، ولا يمنع من بيعه، ولا فسخ الكتابة؛ لأنه من المظالم، وإن كاتب مسلمًا ابتاعه، أو كان عنده، أو أسلم مكاتبه، بيعت الكتابة من مسلم، فإن عجز رق لمشترى الكتابة، أو أدى عتق، وولاء الذى كوتب وهو مسلم، للمسلمين دون مسلمى ولد سيده، ولا يرجع إليه ولاؤه إن أسلم؛ لأن يوم العقد لم يكن ممكنًا منه، وولاء من أسلم بعد الكتابة لمن

---

(١) فى ط: يكتب.

يناسب سيده من المسلمين ولدًا أو عصبة، لاستيلائه يوم العقد، فإن تعذر فللمسلمين، فإن أسلم رجع إليه ولاؤه؛ لتسويته له عند العقد؛ لأنه كان على دينه.

وإن أسلمت أم ولد الذمى، وقفت حتى يموت أو يسلم، فتحل له؛ لبقاء حق الوطء، ثم رجع إلى أنها تعتق، ولا شيء عليها من سعاية ولا غيرها؛ لبطلان الوطء بإسلامها، وولاؤها للمسلمين، إلا أن يسلم سيدها بعد عتقها عليه، فترجع إليه، وولاؤها له؛ لثبوته له يوم الاستيلاد.

فإن أولد أمته بعد أن أسلمت عتقت عليه، وولاؤها للمسلمين، ولا يرجع ولاؤها [له][1] إن أسلم.

قال ابن يونس: قوله: «إلا أن يسلم»، يريد: فتلزمه كتابته وعتقه.

وله فى العتبية: إن أسلم وبان عنه حتى صار كحال الأحرار، فلا رجوع له فيه، وإن كان هو مختدمه على حاله فله الرجوع، فلم يعتبر الإسلام إلا بالبينونة، مع أن البينونة - عندنا - تمنع الرجوع وإن لم يسلم وإلا فرق بين الكتابة والعتق.

وظاهر المدونة: أن الإسلام كاف؛ لأنه حكم بين مسلم وكافر.

قال سحنون: إن كاتبه بخمر فأسلم العبد بعد أداء نصفه، فعليه نصف قيمته، ونصفه عبدًا قنًّا ونصف كتابة مثله فى قوته على السعى، وكذلك إن أسلم السيد.

قال ابن القاسم: إن أسلم سيد أم الولد بعد إسلامها وقبل أن تعتق، فهو أحق بها أم ولد له، وإن طال ما بين إسلامهما، ما لم يقض به الإمام.

وإن أولد أمته بعد أن أسلمت عتقت عليه، وولاؤها للمسلمين لا يرجع إليه.

قال اللخمى: اختلف فى الكتاب فى فسخه للكتابة؛ بناء[2] على أنه من التظالم أم لا.

قال: وأرى إن كاتبه على ما يقارب الخراج فهو عتق، وبابها الهبات فله الرجوع، أو على أكثر من الخراج بكثير فهو من باب البيع فيحكم عليه.

وإذا أسلم المكاتب: قال القاضى إسماعيل: يباع عبدًا[3]، [خلافًا للمدونة][4].

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: بنات.
(٣) فى ط: عبد.
(٤) فى ط: خلاف المدونة.

قال: وهو على ما تقدم إن كاتبه على أكثر من الخراج بالكثير، بيع مكاتبًا؛ لأنه لو لم يسلم منع من بيعه عبدًا غير مكاتب، أو على نحو الخراج، بيع مكاتبًا على نحو ما عقد له، إلا أن يرجع فى الكتابة فيباع عبدًا.

السادس: فى الكتاب: إذا كاتب المريض من قيمته أكثر من الثلث وامتنع الوارث من الإمضاء، عتق مبلغ الثلث، فإن أجاز الوارث الكتابة[١] قبل الموت لزمه ذلك بعده، كما لو أسقط الشفعة بعد الشراء وقبل الأخذ، أو عفا عن القصاص بعد الجرح.

وإن قبض الكتابة فى مرضه ولم يحاب ومات، جاز كبيعة.

ومحاباته[٢] فى البيع فى ثلثه.

وتمتنع كتابة المديان من ناحية العتق، بخلاف المريض.

وقال غيره: الكتابة فى المرض من ناحية العتق بمحاباة أم لا، ويوقف بخدمة، فإن مات والثلث يحمله[٣] جازت الكتابة، ولا يخير[٤] الورثة فى الإجازة أو بتل محمل الثلث فمنه بما فى يديه من الكتابة.

وإن كاتبه فى صحته وأقر فى مرضه بقبض الكتابة، جاز، ولا يتهم إن ترك ولدًا، وإن ورث كلالة والثلث لا يحمله لم يصدق إلا ببينة، وإن حمله الثلث صدق؛ لأنه لو أعتقه جاز عتقه.

وقال غيره: إذا قسم بالميل[٥]، والمحاباة له، لم يجز إقراره حمله الثلث أم لا، ولا يكون فى الثلث إلا ما أريد به الثلث.

وإن كاتبه فى مرضه، وأقر بقبض الكتابة فى مرضه، وحمله الثلث عتق [ورثه ولد أو][٦] كلالة، وإن لم يحمله الثلث، خير ورثته فى إمضاء كتابته أو عتق محمل الثلث.

---

(١) فى ط: حاز الوارث الكبير.
(٢) فى ط: محاباة.
(٣) فى ط: يحمل.
(٤) فى ط: ولأخير.
(٥) فى ط: أقسم فالميل.
(٦) فى ط: ورثته ولدا و.

وقال غيره: توقف نجومه؛ لأن الكتابة فى المرض عتاقة من الثلث، لا من ناحية البيع؛ لأن المؤدى من جنس الغلة.

وإن كاتبه فى المرض بألف، وقيمته مائة، وأوصى بكتابته لرجل، وحمل الثلث رقبته جازت الكتابة والوصية، كالوصية بأن يخدم فلانًا سنة، ثم هو حر.

وإن لم يحمله الثلث، ولم يجز الورثة عتق منه محمل الثلث، وبطلت الوصية بالكتابة؛ لتبدية العتق عليها.

قال فى النكت: قال بعض شيوخنا: إذا كاتبه فى المرض، وحابى، وقبض الكتابة جعل فى الثلث قيمة الرقبة كلها، بخلاف محاباته فى البيع، تجعل[1] المحاباة خاصة؛ لأن الكتابة فى المرض عتق.

وإذا حابى والثلث يحمل رقبته جاز، ولا يغرم فى النجوم المقبوضة، ولا تضاف لمال الميت[2]، وإن لم يحمله الثلث ردت النجوم المقبوضة ليد العبد، وأعتق منه بماله محمل الثلث؛ لأن الثلث إذا حمله[3] أخذ المال الورثة، فلا يكثر مال الميت - به.

قال بعضهم فيما إذا كاتب فى الصحة وأقر فى المرض بقبض الكتابة، والثلث يحمله: إنما يصح إذا كان الثلث لم يؤمر فيه بشىء، وإلا فمراده: تنفيذ وصاياه، ويخرج العبد من رأس ماله، فهو كالقائل: أعتقت عبدى فى صحتى، فلا يعتق.

وقيل: سواء أوصى أم لا، يجوز إقراره إذا كانت وصاياه يقدم عليها هذا العبد.

قال اللخمى: إن كانت كتابة المريض بمثل الخراج فهى من ناحية العتق؛ لأنه وإن لم يحابه لا يقدر على أكثر من ذلك، وله أخذ ذلك من غير كتابة، وأكثر من الخراج بالأمر البين، فهى مبايعة، وينظر هل فيها محاباة أم لا[4] على المجنون، أو لأنه أحد طرفى العقد، فلا يصح من الصبى كالطرف الآخر.

والجواب عن الأول: أن أدلة الكتابة خاصة، وآية البيع عامة؛ فيقدم الخاص.

وعن الثانى: أن المسألة مبنية على إجبار العبد؛ فتكون المكاتبة كالمعاقبة لا

---

(١) فى ط: تعجل.
(٢) فى ط: يضاف للمال الميتة.
(٣) فى ط: حمل.
(٤) كذا فى ط، ولعل هنا سقطًا.

تفتقر إلى تكرر الفعل من عاقبة اللص، وطارقة الفعل، مع أن تكرر الفعل أن يفعل كل واحد مثل فعل الآخر، وهذا منفى إجماعًا، وإلا لزم أن كل واحد منهما يوجب ويقبل ويستحق العوض[١]، وهذا محال.

وعن الثالث: أن كتابة المجنون عندنا جائزة على كراهة؛ قاله ابن القصار؛ تخريجًا على رواية الجر، وقد يتصدق عليه بالأداء.

وفى الجواهر: إذا فرعنا على قول أشهب فى منع كتابة الصغير، فعنه: حده: عشر سنين؛ لأنه حد الضرب على الصلاة، والتفريق فى القوة على العمل.

ولم يكره (ش) كتابة الأمة غير المكتسبة.

لنا: ما روى عن عثمان -رضى الله عنه- أنه قال: لا تكلفوا الأمة الكسب؛ فإنها تكسب بفرجها، وروى مرفوعًا.

الثانى: فى الكتاب: تمتنع كتابة بعض عبده، وإن أدى لم يعتق منه شىء، ككتابة شقصه؛ لأنه ذريعة إلى عدم استكمال العتق بالتقويم.

الثالث: فى الجلاب: لا تكاتب أم الولد، وتفسخ إن أدركت قبل فوتها، فإن فاتت بالأداء عتقت، ولا ترجع على السيد بما أدت.

قال الأبهرى، واللخمى: أصل مالك: جواز إجارتها برضاها، وإذا جاز ذلك جازت الكتابة برضاها، وأولى بالجواز؛ لمصلحة[٢] العتق.

قال بعض الفقهاء: ينبغى إذا كاتبها فى مرضه أن ترجع على تركته[٣] إذا مات من ذلك المرض، ويكاتب المدبرة، وإن مات قبل الأداء عتقت فى الثلث، وسقطت الكتابة، وإلا عتق ثلثها.

الركن الرابع: العبد المكاتب.

وفى الجواهر: له شرطان: قدرته على الأداء، واختلف فى الصغير إذا لم يكن له مال.

ومكاتبة العبد كله إلا من نصفه حر، فتجوز مكاتبة بعضه؛ لحصول الاستقلال.

أما الأول؛ فليحصل مقصود العقد.

---

(١) فى ط: العرض.
(٢) فى ط: بمصلحة.
(٣) فى ط: يرجع على بركته.

وأما الثانى؛ فلأنه ذريعة لعتق[1] البعض من غير تقويم.

وفى الركن أربعة فروع:

الأول: فى الكتاب: يجوز كتابة الصغير، ومن لا حرفة له، وإن كان يسأل.

وقال غيره: يمتنع إلا أن يفوت بالأداء، أو يكون بيده ما يؤدى عنه، فيؤخذ من يده، ولا يترك له فيتلفه، ويرجع رقيقًا.

وكره كتابة الأمة لا صنعة بيدها، ولا لها عمل معروف.

قال ابن القصار: منع مالك كتابة الصغير. وعنه: إجازتها.

لنا: على اختلافه، هل يكون إسلامه إسلامًا أم لا؟ وعلى الروايتين فى إجبار السيد عبده على الكتابة، فعلى الإجبار تصح كتابة الصغير؛ لأنه لا يحتاج إلى قبوله، وعلى عدم الإجبار لا يكاتب إلا بالغًا عاقلًا.

وقال (ح): يجبر المراهق، كإحدى الروايتين عن مالك فى أن إسلامه إسلام.

ومنع الشافعى إلا من بالغ عاقل.

لنا: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ [محمد: ٣٣] وقوله ﷺ «الأعمال بالنيات، وإنما لامرىء ما نوى»، وقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ [النور:٣٣].

والقياس على التدبير والعتق إلى أجل، وعلى الشرط.

احتجوا على جواز بيعه بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة:٢٧٥] ويجب الوفاء لعقد البيع لما ذكرتم من النصوص.

ولأن قوله: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ يقتضى المفاعلة من الجانبين كالمحاصة ونحوها، والصبى لا يصلح لذلك قياسًا وسقط ثلثا الكتابة.

الرابع: فى الجواهر: فاسد الكتابة يساوى ما اجتمعت شروطه فى أنه يحصل العتق[2] بالأداء، ويفارقه فى أنه إذا أخذ ما علق به العتق رده إن كان مما لا يصح تملكه كالخمر، ورجع على العبد بالقيمة؛ لفساد العوض.

النظر الثانى: فى أحكام الكتابة: وهى مندوب إليها، وقاله الأئمة خلافًا

---

(١) فى ط: لعقد.

(٢) فى ط: العين.

لابن عباس وأهل الظاهر؛ لأنها سبب العتق، والعتق مندوب غير واجب، فوسيلته أولى بعدم الوجوب.

ولأنه عقد حظر لبيعه ماله بماله، وهذا جوابنا عن صرف الأمر فى الآية إلى الندب عن الوجوب الذى تمسكوا به.

ويكره عند (ش) فى العاجز عن الأداء؛ لعدم إفضاء العقد لمقصوده.

ويستحب عند ابن حنبل؛ لأنه يحصل [العتق](١).

قال اللخمى: الكتابة أربعة: مندوبة، ومباحة من وجه، ومندوب إليها من وجه، ومكروهة، وممنوعة بحسب دينه وقوته على الأداء، والوجه الذى يؤدى منه، فكتابة الدين على مثال الخراج والسعي من وجه جائز مندوب، وعلى أكثر من الخراج بالشيء الكثير رخصة، ومباحة من جهة الحصر، ومندوبة لما فيها من العتق، ومكروهة فى الشرير؛ لأنه يتسلط على(٢) الناس بحريته، ومحرمة فيمن يسعى بالسرقة، ونحوها.

فرع: فى الكتاب: الإيتاء مندوب، وهو أن يضع من أجر كتابته، وقد وضع ابن عمر - رضى الله عنه - خمسة آلاف من خمسة وثلاثين ألفًا، ووضع على بن أبى طالب - رضى الله عنه -: ربع الكتابة.

ووافقنا (ح) على الندب.

وقال (ش) بالوجوب.

لنا: أن الإيتاء من باب الإبراء من الديون، وهو غير واجب.

ولقوله ﷺ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِى عَلَيْهِ شَىْءٌ»(٣).

وقياسًا على إذا ما أعتق على مال، وسائر عقود المعاوضات.

ولأنه عقد يشترط فيه رضا المالك، وهو لم يرض بخروج العبد من ملكه بغير الكتابة.

ولأنه لا يجب عليه عند المخالف قبل قبض الكتابة فنقيس على ما قبل القبض.

احتجوا: بقوله تعالى ﴿وَءَاتُوهُم﴾ [النور:٣٣] والأمر للوجوب، ولأنه إجماع

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: عن.

(٣) تقدم.

الصحابة: أمر به جماعة منهم، وفعلوه من غير مخالفة.

والجواب عن الأول: أن مال الله -تعالى- ظاهر فيما يتقرب به إليه، والتصدق بالمال غير واجب، ولم يقل فى الآية: أسقطوا من الكتابة، بل قال: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾، وقد قال ﷺ: «لَيسَ فِى الْمَالِ حَقٌّ غَيْرَ الزَّكَاةِ»(١).

وعن الثانى: أنهم أجمعوا - مسلم، لكن على الندب، فلم قلتم: إنهم أجمعوا على الوجوب؟

ولأنه عطف على الكتابة، وهى غير واجبة، والأصل فى العطف التسوية.

ولأنه مجهول وغير مقدر بالعرف فلا يكون واجبًا؛ لأن الأصل فى الواجب أن يقدر إما نصًا: كالزكاة، أو عرفًا: كالنفقات.

ويؤدى قولهم إلى خلاف قولهم، فإن الساقط مجهول، فالباقى من الكتابة على العبد مجهول، وهم لا يقولون به.

وعنده(٢) المكاتب عبد ما بقى درهم، فإن كان درهم مما كاتبه عليه فقد ترك قوله، أو مما بعد الوضع فيتعين الإحاطة به حتى يعلم زمان العتق، وهو لا يحدده.

وأيضا: إذا لم يكن محددًا فأمكن أن يكون دانقًا من عشرة آلاف درهم، وحمل أمر الله تعالى على مثل هذا مع اعتقاد الوجوب بعيد جدًا.

فرع: فى المقدمات: عن مالك: لك إجبار عبدك على الكتابة، وهو ظاهر المدونة؛ لأنه جعل لك أن تعتقه على مال تجعله عليه بعد العتق، فالكتابة أولى، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى كتاب المكاتب؛ لأنه جعل له أن يكاتبه على نفسه، وعلى عبد غائب، ولزم الغائب، وخالف قوله فى كتاب العتق فى قوله: إذا قلت: أنت حر، وعليك كذا: إن ذلك بخيرة العبد.

وقيل: ليس للسيد أن يجبر عبده؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبْتَغُونَ ٱلْكِتَٰبَ﴾ [النور: ٣٣] فجعلها منوطة بخيرتهم، ولأن السيد يتهم على إسقاط نفقته، وقاله (ش).

وجوابه: أن للسيد أن يؤجره سنين ويجبره على ذلك بغير عتق، فأولى مع العتق.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١٧٨٩)، والترمذى (٦٥٩) و (٦٦٠) عن فاطمة بنت قيس، وقال: هذا حديث إسناده ليس بذاك، وأبو حمزة ميمون الأعور يُضَعَّف، وروى بيان وإسماعيل بن سالم عن الشعبى هذا الحديث قوله وهذا أصح.

(٢) فى ط: عبد.

ولأن العتق حق لله -تعالى- فيجبر عليه.

قال ابن يونس: عدم الإجبار قاله أشهب، وابن القاسم.

قال اللخمي: له جبره على مثل الخراج ونحوه، ولا يجبره في الزيادة الكثيرة؛ لأنه ضرر به، ويذهب سعيه باطلا.

فرع: في الكتاب: المكاتب كالرقيق في الميراث، والشهادة، والحدود، وغيرها حتى يؤدي أو يعجز، وقاله الأئمة.

وقال ابن مسعود: إذا أدى قدر قيمته عتق، وضمن الباقي بعد عتقه.

وعن علي - رضي الله عنه -: إذا أدى نصف ما عليه [عتق][1] وأتبع بالباقي.

لنا: قوله ﷺ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ دِرْهَمٌ».

فرع: في الكتاب: ولد المكاتب من أمته، وولد المكاتبة بعد الكتابة بمنزلتها، يرق برقهما، ويعتق بعتقهما، وإن شرط في الكتابة أو العتق الجنين، بطل الشرط دون العقد، كما لو شرط الوطء بعد العتق؛ لأن الولد كالجزء منها فيتبعها.

فرع: في الكتاب يجوز كتابة جماعة كتابةً واحدة.

وعند (ش): قولان.

ووافقنا (ح).

لنا: قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ الآية [النور:٣٣]، وهي عامة من غير تفصيل.

ولأن البدل معلوم، والعقل بالتفصيل، كما لو باعهم في عقد واحد.

احتجوا: بأنه لما كان العاقد[2] متعددًا، صارت في معنى الصفقات، والجهل بكل صفقة يوجب فسادها، كما لو باعهم لثلاثة من غير تفصيل، لكل واحد عقد[3]، فإن العقد[4] يفسد.

ولأن ما يلزم كل واحد مجهول؛ فلا يدري بما كوتب.

والجواب عن الأول: أن السيد واحد، وهو المعتق البائع مال نفسه بمال نفسه، ولذلك جبرهم على الكتابة على الصحيح.

---

(١) سقط في ط.

(٢) في ط: العامل.

(٣) في ط: عقل.

(٤) في ط: العقل.

ولأنه لو باع من ثلاثة دارًا واحدة[١] بثمن واحد، فإنه يجوز، وإن كانت[٢] صفقات.

ولو باع ثلاثة أعبد مستوية من ثلاثة: جاز عندنا، أو مختلفة وتراضوا بتسمية كل عبد منهم لكل واحد، فإنه يجوز؛ نقله ابن القصار، مع أن الفرق أن الكتابة يعتق فيها بالكتابة الفاسدة؛ فيعتق بالمجهول.

ولأن مقصود المبايعة بالثمن[٣]؛ فتفسد بالجهالة، ومقصود الكتابة العتق؛ فلا يضر بالجهل، كالإنكاح والخلع.

والجواب عن الثاني: أنه يوزع بقدر القوة.

تفريع:

فى الكتاب: يضمن كل واحد منهم عن بقيتهم، وإن لم يشترط ذلك بخلاف حمالة الديون؛ لأن المقصود فى العقد العتق، فيبالغ فى التوسل إليه، ولا يعتق أحد منهم إلا بأداء الجميع، وللسيد أخذهم بذلك، وأخذ المليء بالجميع، ولا يوضع عنهم[٤] شيء لموت أحدهم؛ لأنهم كالرجل الواحد، ويرجع المؤدى على المؤدى عنه بحصته، بعد قسمة الكتابة بقدر الأداء يوم الكتابة، لا على قيمة الرقاب، ولا يرجع على من يعتق عليه أن لو ملكه الحر؛ لأن الأصل لا يملكه، فكذلك بدله الذى هو العوض.

فإن أدى حالا رجع بحصصهم على النجوم؛ لأنهم إنما التزموا ذلك.

وإن زمن أحدهم[٥] فأدى الصحيح: رجع عليه بحصته بما ينوبه يوم العقد.

ولك عتق الزمن قبل الأداء، وإن كره[٦] الصحيح لأنه لا نفع له فيه، وتبقى جميع الكتابة على الصحيح، وإن أدى وعتق لم يرجع بشيء عليه؛ لأنه لم يعتق بالأداء [بل عتق][٧] تبرعًا منك.

---

(١) فى ط: وأحدث.
(٢) فى ط: كاتب.
(٣) فى ط: الثمن.
(٤) فى ط: منهم.
(٥) فى ط: أحدهما.
(٦) فى ط: فأنكره.
(٧) سقط فى ط.

وليس لك عتق قوى على السعى، ويرد إن فعلت؛ لأن فيه تعجيزًا لهم، فإن أدوا عتقوا.

أو عجزوا ألزمت[١] ما صنعت من العتق، كمن أخدم عبده أو آجره ثم أعتقه، فلم يجز ذلك المخدم[٢] أو المؤاجر، فإذا تمت المدة عتق، وكمن رد غرماؤه عتقه، ثم أيسر قبل بيعه فأدى الدين.

فإن أجازوا عتقك وهم أقوياء على السعاية، جاز، ويوضع عنهم حصة المعتق[٣]؛ لأنه موجب العقد، ويسعون فيما بقى.

فإن أجازوا على أن يسعى المعتق معهم امتنع العتق، وسعوا كلهم فى جميع الكتابة.

وإن دبرت أحدهم بعد الكتابة ثم عجزوا ألزمت[٤] تدبيرك، ولو مت[٥] قبل العجز، والثلث يحمله، وهو قوى على الأداء، حين مت، لم يعتق إلا برضا أصحابه، وإن كان زمنًا عتق فى الثلث، ولا يوضع عن أصحابه شىء؛ لأن من لا قوة له من صغير، أو زمن، يجوز عتقه وإن كرهوا، ولا يوضع عنهم شىء فى الثلث.

قيل: إذا لم يجيزوا عتق[٦] القوى وأدوا لم يرجع المعتق عليك بشىء؛ لأنك أخرته بوجه جائز، ولو كان يرجع عليك سقط على المكاتبين أولا.

وقال بعض شيوخنا: إذا أعتقت زمنًا لا حجة لهم بأنهم إذا أدوا رجعوا عليه، لأن نفقة الزمن[٧] تلزمهم ورفعها[٨] بالعتق أنفع لهم من اتباعه فإنه قد لا يتيسر له شىء.

قال ابن يونس: قال محمد: ولك كتابة كل عبد بكتابة ويتحمل بعضهم ببعض، ولا تبيع[٩] كل واحد منهم، ولا تنقض[١٠] كتابته، ولا تعتقه بغير إذن صاحبه،

---

(١) فى ط: عجز فألزمت.
(٢) فى ط: للمخدم.
(٣) فى ط: للمعتق.
(٤) فى ط: عجز وألزمت.
(٥) فى ط: ولزمت.
(٦) فى ط: يجيز وأعتق.
(٧) فى ط: الذين.
(٨) فى ط: ورفها.
(٩) فى ط: يتبع.
(١٠) فى ط: تنقضى.

وإسقاط ضمانه.

قال أبو محمد: يعنى أن ذلك فى عقد واحد، ويلزم - على ما قال - أن يؤدى واحد قبل الآخر، ولا يعتق حتى يؤدى الآخر.

ويجوز أن يتحمل عبدك بمكاتبك بخلاف الأجنبى.

وقال عبد الملك: تقسم الكتابة بالحصة على العدد لا بحسب القوة، كما قال ابن القاسم، وكذلك إن استحق أحد أربعة سقط الربع.

وقال (ش): على قدر القيمة دون القوة والعدد.

لنا: أن وضع عقد الكتابة القدرة والكسب، وإن السادات يوصفون الخراج، والكتابة، والكسب، لا بكسب القيمة، وإذا كان هو المقصود دون غيره.

احتجوا: بأن الكتابة تجرى مجرى البيع، والأثمان تتبع القيم.

وجوابهم: أن مقصودها العتق لا البيع؛ لثبوت الولاء، ودخول الغرر، وبيع ماله بماله، والعتق فى فاسدها(١) كصحيحها.

قال ابن يونس: وقوله: إذا أدى أحدهم الكتابة رجع بحصصهم على النجوم: يريد على ما يقع على كل واحد منهم [من مال](٢) الكتابة يوم العقد، ويجرى فيه الخلاف المتقدم.

وعن ابن القاسم: يرجع على قدر قوتهم.

وقال أشهب: على قيمتهم يوم كوتبوا.

وقال أصبغ: على قدر قيمتهم يوم عتقوا، وعنه يوم كوتبوا، وحالهم يوم عتقوا أن لو كانت حالهم يوم كوتبوا.

قال أشهب: إن كان فيهم صغير فبلغ السعى قبل أن يؤدوا، فعليه بقدر ما يطيق يوم وقعت الكتابة على حاله.

قال محمد: على حاله يوم الحكم لو كان هذا يوم الكتابة، وقال على قدر طاقته يوم بلغ السعى أن لو كان بهذا الحال يوم الكتابة.

قال محمد: إذا أدى الكتابة وعتقوا، فإن كانت الكتابة قد حلت رجع بذلك

---

(١) فى ط: فسادها.

(٢) سقط فى ط.

حالا، وإلّا رجع به على النجوم، والحمالة باقية عليهم للسيد.

قال ابن القاسم: وإن فلس أحدهم [حاص بما أدى عنه غرماءه؛ لأنه سلف أخرجه عنهم من ماله][١]، بخلاف السيد فى الكتابة والقطاعة.

قال محمد: وإنما يرجع عليهم إذا أدى جميع الكتابة وعتقوا وأما ما لا يعتقون به فلا يرجع بذلك عليهم إلا بعد العتاقة؛ لأن أخذه[٢] قبلها يضعفهم.

قال اللخمى: قال مالك: إذا مات أحدهم لا يحط عنهم، والقياس: الحط عن كل واحد ما ينوبه؛ لأن واحدًا اشترى نفسه بما ينوبه من تلك الكتابة، وإن استحق أحدهم بحرية أو بملك سقط ما ينوبه عنهم؛ لأنه تبين أن السيد عقد على غير ملك[٣]، ولا تلزمهم الحمالة بملك الغير.

وإن غاب بعضهم أو عجز لم يسقط عن الباقى شىء، فإن عجز البعض وأدى الآخر جميع الكتابة: قال مطرف: يرجع بقيمتهم يوم عتقوا، وقال أشهب: يوم كوتبوا.

قال: والقياس بما كانوا يؤدونه لو لم يعجز على صفة القبض الأول قبل العجز؛ لأنه الذى كانت الحمالة به.

وإن كان أحدهم صغيرًا ومضت الكتابة وهو غير قادر على السعى، لم يتبع بشىء، فإن قوى بعد مضى بعض النجوم: قال أشهب: عليه بقدر ما يطيق يوم وقعت الكتابة على حاله.

وقال محمد: يوم الحكم لو كان يوم الكتابة بالغًا.

وقال أصبغ: على قدر طاقته يوم بلغ السعى لو كان بحاله تلك يوم وقعت الكتابة؛ لأنه يومئذ وقعت عليه حمالة الكتابة.

وإن ولد بعد الكتابة للمكاتب من أمته أو للمكاتبة[٤]، ثم بلغ السعى قبل انقضاء الكتابة، فلا سبيل لهم عليه فى السعاية، ولا فى المال الذى فى يديه، إذا كانت الأم أو الأب فى كتابة، فإن احتاجوا سعى معهم أو أخذوا المال من يده.

وقيل: تفض الكتابة عليه وعليهم، كالموجود يوم العتق، وإن كان الصغير قادرًا

---

(١) فى ط: حاص بما أدى عنهم غرماؤه؛ لأنه سلف أخرجه عنهم من ماله .
(٢) فى ط: أحدهم.
(٣) فى ط: مالك.
(٤) فى ط: المكاتبة.

على السعى يوم الكتابة فض عليه كما يفض على الكبير على قدر قوته.

فللصغير ثلاثة أحوال: يعتق بعتقهم، ولا يتبع، ولا يسعى معهم.

والثانية: أن يسعى معهم ويفض عليه.

والحالة الثالثة: لا يسعى ولا يؤخذ ماله إلّا أن يحتاج إليه.

والزمن كالصغير فى أحواله إن كان زمنًا يوم العقد، واستمر(١) لم يتبع.

وإن شفيت(٢) الزمانة قبل الأداء، وكانت يُرجى برؤها(٣) حين العقد فعليه السعى، ويختلف فيما يحمل عليه كما تقدم فى الصغير، وإن كان مما لا يرجى وصار ذا قوة ومال لم يكن عليه شىء إلّا أن يحتاج إلى معونة وإلى ما فى يديه، وعلى القوى الآخر بعض الباقى عليه وعليهم.

وكذلك إن كان فيهم شيخ لا يقدر على السعى عتق بعتقهم، وإن وهب له مال بعد ذلك لم يتبع بشىء، وإن وهب له قبل أن يصير للعتق جرى على الخلاف إذا حدث الولد بعد الكتابة.

ولا تجوز كتابتك لعبدين [لا شركة ساداتهما](٤) فيهما، فإن ترك هل يمضى ويفض عليهما وتسقط حمالة أحدهما عن الآخر أو يفسخ ما لم يؤد نجمًا، [أو صدرًا من](٥) الكتابة على الخلاف فى الشروط الفاسدة فى الكتابة إذا استثنى ما يولد، أو شرط الوطء.

وإن كاتبت عبديك فأعتقت أحدهما، ورضى الآخر، والمعتق أدناهما فى السعاية، جاز، وسقط عن الثانى(٦) نصيب المعتق.

أو أقواهما، أو مساوٍ أجازه ابن القاسم إذا أمن العجز، ومنعه غيره؛ لأنه وسيلة للعجز، والعبد ممنوع من الرضا بالعجز.

وإن [كانا](٧) قويًا وزمنًا، فأعتقت القوى، فعلى القولين.

---

(١) فى ط: واستم.
(٢) فى ط: بقيت.
(٣) فى ط: يوجادها بها.
(٤) كذا فى ط.
(٥) فى ط: أوصل رامن.
(٦) فى ط: الباقى.
(٧) سقط فى ط.

وإن كانا كبيرًا وصغيرًا، والصغير يبلغ السعى قبل انقضاء الكتابة لم يعتق إلّا برضا صاحبه، ويحط لأجله.

وإن ولد بعد العقد وبلغ وصار له مال[(١)]، لم يعتق إلّا برضا من معه؛ لأن ماله قوة لهم إن احتيج إليه، ولا يحط لأجله شيء؛ لأنه لم يكن عليه عند العقد شيء.

وإن أعتقت الأب قبل بلوغ الولد السعى رد عتقك؛ لأنه يرق الابن، إلّا أن يكون عتقه بعد زمانة ونحوها فيرق الابن إذا لم يكن فى يد الأب مال، أو كان له من المال ما لا يفى بالنجوم إلى[(٢)] أن يبلغ الابن السعى، فإن كان له ما يفى بالنجوم أديت عنه، وهل يقبضها السيد أو توقف؟ خلاف.

قال ابن يونس: إذا زمن أحد المكاتبين فأدى الآخر عنه وعن نفسه، فأعتقت الزمن قبل تمام الكتابة: قال أبو عمران: يرجع عليه لأنك أسقطت عنه باقى الكتابة، وما أداه كدين لزمه قبل العتق.

قال ابن حبيب: إذا أعتقت أحد المكاتبين ولم يجز الباقون، قيل: يجرى فيه القولان: فيمن آجر عبده ثم أعتقه، أنه إذا قال: أردت عتقه الآن، كانت بقية الإجارة للعبد، فكذلك المكاتب إذا قصد عتقه لوقت، فما أخذه منه يرده على العبد.

قال سحنون فى عتق أحد المكاتبين: ينبغى أن ينظر إن [كان] إذنهم للسيد أنفع لهم أم لا؟ والضعيف ينبغى أن يعتبر إذنهم فيه بخلاف القوى.

وإن دبر[(٣)] أحدهما، ثم مات السيد لم يعتق إلّا برضاء الآخر، ويكون فى الثلث الأقل من قيمته، أو ما يقع عليه من بقية الكتابة.

وقيل: إن دبرت من لا سعاية فيه، جعل قيمة الرقبة دون الكتابة لعجزه عنها.

وقيل: هما سواء؛ لأن الكتابة قائمة، ورفقاؤه يؤدون عنه، قال: وهو الصواب.

وإن كاتبت ثلاثة فأبق أحدهم وعجزهم السلطان، فقدم الآبق قويًا، والسلطان الذى عجزهم قائم: قال المغيرة: القادم باق على كتابته، إن عتق، عتق[(٤)] المكاتبون معه، ويرجع عليهم بما أدى، وقيل: إنما ذلك إذا لم يعلم الغائب، أو

---

(١) فى ط: أو صار له ما.

(٢) فى ط: إلا.

(٣) فى ط: دبرت.

(٤) فى ط: هو.

جهل وجه الحكم، فعجز أصحابه دونه، فوجب نقض الحكم، أما لو علم وتلوم له، ثم عجز الجميع - مضى الحكم عليه وعلى أصحابه.

قال محمد: وإذا زمن أحدهما فقلت له: إن عجزت فأنت حر، عتق الآن؛ لأنه يقع فى توقيته[1]، وكذلك الصبى.

فرع: فى الكتاب: له تعجيل المؤجل عليه، ويلزمك أخذه كالدين، ويعجل عتقه؛ قضى به عمر وعثمان رضى الله عنهما.

وإذا عجل، وضعت عنه ما عليه من سفر أو خدمة؛ لأنه من آثار الرق فلتأباه الحرية[2].

[و][3] فى النكت: إنما يصح قوله إذا كانت الخدمة يسيرة، أما الكثيرة فإنها ليست تبقى، لأن الأقل مال، وهى المقصودة فلا تسقط.

فرع: فى الكتاب: إن كاتبته[4] على نفسه وعلى عبد لك غائب، لزم الغائب؛ لأن هذا يؤدى عنه ويتبعه إن لم يكن يعتق عليه بالملك أن لو كان حرًا، كمن أعتقه على أن عليه كذا، فيلزمه المال، وكالعبد يكاتب عن نفسه وعن أخ له صغير.

ووافقنا (ح)، ومنع (ش) انعقادها فى الغائب دون الحاضر.

لنا: القياس على التدبير.

ولهم القياس على ما لو أفرده بالعقد، ولا يبعد أنه يلتزم إفراده بناء[5] على إجباره على الكتابة.

وفى التنبيهات: إلزام الغائب - وإن كره - دليل إجبار العبد على الكتابة، وهو قول ابن القاسم، وفيه خلاف.

[و][6] فى النكت: إذا قدم الغائب فكره، لزمه، وآجره[7] المكاتب الآخر، ويعطيه من الأجرة مقدار نفقته، والزائد على نفقته: إن أديا الكتابة وبقيت منه بقية

---

(١) فى ط: يقنع فى توقيفه.
(٢) فى ط: فلياباه الحديث.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: كاتبه.
(٥) فى ط: بنات.
(٦) سقط فى ط.
(٧) فى ط. وأجره.

فهى للذى كره الكتابة، وإن بقى على الذى كره الكتابة درك، طالبه صاحبه بعد العتق بما يجب له عليه على قول مالك، وعلى قول ابن القاسم؛ لا يرجع عليه بشىء بعد العتق، وهو خلاف ما[1] إذا أعتقت عبدك على أن عليه كذا: فابن القاسم يسقطه، ومالك يثبته.

قال ابن يونس: قال محمد: إن كاتبت الحاضرين كرها على كذا فى كل نجم فرضى أحدهما وكره الآخر، لزمه عند ابن القاسم، ويرجع عليه، كما لو كان غائبًا، فإن الإجبار على الكتابة إحسان، مع تحصيل مصلحة العتق؛ لأن لك أخذ المال بغير عتق.

فرع: فى الكتاب: يمتنع جمع عبديكما فى كتابة واحدة، وكل واحد حميل بما على صاحبه؛ للغرر: إذ لو هلك أحدهما أخذ سيد الهالك من مال الآخر باطلًا، وهو يشبه الوقف.

ويمتنع حمالة الأجنبى بالكتابة؛ إذ[2] ليست بدين ثابت، وإن مات العبد أو عجز لم ينتفع الحميل بما أدى.

فى النكت: إذا نزلت حمالة الأجنبى وفاتت بالعتق، رجع الحميل على المكاتب، وتحاصص غرماؤه بما أدى عنه، ولا يرجع على السيد.

قال ابن يونس: ومعنى الرقبى التى شبه بها: دار بينكما حبستماها على أنفسكما على أن من مات منكما فنصيبه حبس على الباقى، فيأخذه بالباطل.

قال سحنون: إذا نزلت الكتابة لزمت؛ لأن الحمالة لا تبطل الكتابة.

وأما عبد بينكما، أو ثلاثة أعبد بين ثلاثة لكل واحد ثلث عبد، منعه أشهب؛ لأن كل عبد تحمل لغير سيده بحصة لغير سيده، وتنقض إلّا أن تسقط الحمالة، فتكون كتابة كل واحد على حدة، وعلى كل واحد ما يلزمه.

قال ابن ميسر: إنما يقبض كل واحد عن ثلث الكتّابة، فلم يقبض عن غير ماله شيئًا فيصح.

قال أشهب: وإذا كاتبت عبديك لا تبع كتابة أحدهما، ولا تبع[3] نصفهما ولا

(١) فى ط: خلافهما.
(٢) فى ط: إذا.
(٣) فى ط: تتبع.

نصف أحدهما؛ لأن النصف المبيع يتحمل عمن لا يملكه سيده، ولك بيعهما من رجل لا من رجلين؛ لأن كل رجل يتحمل على من لا يملكه.

وإن أسقطت الحمالة امتنع، لأنه يضعفهم عن الأداء.

وجوز محمد بيعهما من رجلين، ومن رجل نصف كتابتهما.

ولو ورثهما رجال جاز لكل بيع[١] نصيبه.

وقد أجاز ابن القاسم وأشهب بيع المكاتب أو نجمًا بغير حينه.

قال: وأكره لكل من اشتراهما وللورثة قسمهما، يأخذ هذا مكاتبًا، وهذا مكاتبًا، ويجوز قسمة ما عليهما. ومنع ابن القاسم [قسمة][٢] ما على المكاتب إلّا عند انقضاء كل نجم؛ لأنه ليس دينًا ثابتًا.

وجوز محمد كتابة رجلين عبديهما كتابة واحدة.

فرع: في الكتاب: إذا غاب أحد المكاتبين و[٣] عجز الحاضر، لم يعجزهما إلّا السلطان بعد التلوم.

وكذلك إن غاب المكاتب وحلت نجومه، فأشهد السيد أنه يعجزه، ثم قدم فهو على كتابته، ولا يعجزه إلّا السلطان.

وإذا كان المكاتب ذا مال ظاهر: فليس له تعجيز[٤] نفسه، فإن لم يظهر له مال: فذلك له دون الإمام.

وكذلك إن عجز نفسه قبل محل النجم بالأيام أو بالشهر. وإنما الذى لا يعجزه إلا السلطان: الذى يريد سيده تعجيزه بعد محل ما عليه، وهو يأبى العجز، ويقول: أؤدى، إلّا أنه يمطل. فإن عجز نفسه وهو يرى أنه لا مال عنده[٥]، فظهر مال غائب أخفاه، أو طرأ له، فهو رقيق، ولا يرد ما رضى به.

قال ابن يونس: قال ابن كنانة: إن عجز نفسه وهو يكره الكتابة وأشهد بذلك، رجع مملوكًا وإن كان له مال ظاهر.

(١) في ط: مبيع.
(٢) سقط في ط.
(٣) في ط: أو.
(٤) في ط: تعجيل.
(٥) في ط: غيره.

وفيه ثلاثة أقوال:

لا يعجزه إلّا السلطان على كل حال.

وله تعجيز نفسه على كل حال.

وله إن لم يكن له مال ظاهر، وإلّا فلا.

قال محمد: إنما له تعجيز نفسه ولا مال له إذا كان وحده، وإن كان معه ولده فلا تعجيز له، ويلزمه السعى، وإن تبين لرده عوقب.

قال اللخمى: إذا دعا السيد إلى فسخ الكتابة فللمكاتب الامتناع من ذلك لحقه فى العتق، وإن رضى: فللسيد المنع لحقه فى المال والولاء وثواب العتق، فإن رضيا[1]: فهو موضع الخلاف.

قال محمد: إن كان مانعًا لا مال له [له][2] تعجيز نفسه.

وقال سحنون: ليس له إلّا عند الإمام، فإن كانت مناعته قائمة وهو قادر على الوفاء منعه.

والرضا مطلقًا قياسًا على البيع، إذا رضيا بالإقالة.

والمنع؛ لما يتعلق بالعصبات البعيدة من حق الولاء، وحق الله -تعالى- فى العتق.

وعلى المنع إذا رضى ولم ينظر فى ذلك حتى فات ببيع أو عتق من المشترى، فقيل: البيع فوت، كالبيع الفاسد.

وقيل: لا يفوت إلّا بالعتق.

وقيل: ليس يفوت، وينقض العتق كبيع المعتق، والفوت بالعتق فى الكتاب.

وقال (ح): العقد لازم، وليس له الرضا بتعجيز نفسه، ويلزمه الحاكم بالأداء، ولا يجبره على الكسب إذا لم يكن له غير اكتساب بغير مال ظاهر.

وقال (ش): هو عقد جائز من قبل العبد، فله الامتناع مع قدرته على المال والكسب.

لنا: القياس على البيع، فإن المشترى يجبر على دفع الثمن، وكما لو أعتقه على مال برضاه.

---

(١) فى ط: رضى.

(٢) سقط فى ط.

احتجوا بأنه شرط لا يلزم العبد لو لم يعلق عليه العتق، فلا يلزمه عند التعليق، كما لو كان الشرط دخوله الدار.

ولأنه مال لا يصح ضمانه، فلا يلزم، كالجعالة وغيرها من العقود الجائزة، عكسه ما يضمن يلزم كالبيع.

والجواب عن الأول: أن للسيد إجباره على دخول الدار ونحوه؛ تحصيلًا لمقاصد العتق.

وعن الثانى: أنا نمنعه، فإن ضمان المجهول -عندنا- يجوز فى الجعالة[(١)] وغيرها.

فرع: فى الكتاب: له تعجيل كتابته وأنت غائب لا وكيل لك، يدفعها للإمام، ويعتق كالدين.

وإن حال نجم وله عليك مثله قاصك[(٢)] إلا أن تفلس فيحاص غرماءك إلا أن يقاصص[(٣)] قبل قيامهم، ولا يأخذ غرماؤه ما دفع لك إلا أن يكون من أموالهم فيأخذوه ويرق، وإن لم يعلم ذلك عتق.

فإن قاطعك على ما بقى عليه بعبد فظهر مسروقًا: رجعت عليه بقيمته كالنكاح؛ قاله مالك.

وقال ابن نافع: إن لم يكن له مال عاد مكاتبًا كالمبيع يستحق ثمنه.

وقال أشهب: لا يرد عتقه إذا تمت حريته، ويتبع بذلك.

قال مالك: وإن قاطعك على وديعة فاعترف يرد عتقه.

قال ابن القاسم وغيره: إن غر سيده بما لم يتقدم له فيه شبهة ملك، رد عتقه، وإلّا مضى عتقه واتبع بقيمة ذلك دينا.

وإن كان مديانا فليس له مقاطعة سيده، ويبقى لا شىء عليه، لأن الغرماء أحق من السيد، فإن فعل لم يجز.

قال ابن يونس: اختلف فى قوله: «إن علم أنه من أموالهم»، هل يريد: أموالهم بعينها، أو دفع، وقد استغرق ما كان بيده؟ والذى أرى: إن دفع وهو مستغرق

---

(١) فى ط: الجهالة.
(٢) فى ط: قاصد.
(٣) فى ط: يقاصد.

الذمة، فلهم رده؛ لأنه تولد عن أموالهم؛ ولذلك منع الحر من العتق والصدقة، وإذا استغرقت الدين فكذلك يمنع من عتق نفسه، وقد منعه من المقاطعة لحق الغرماء.

وقيل: إذا لم يعلم ذلك من أموالهم أم لا؟ لم ينقض العتق، ولو اعترف بذلك السيد، فالقياس: نفوذ العتق، ويرجع الغرماء على السيد بما قبض؛ لإقراره أنهم أولى منه.

قال سحنون: فإن زعم أن كل ما كسبه المكاتب من عمل يده قبل عجزه، فإنه للغرماء؛ لأنه أحرزه عن سيده بما قاطعه.

وفى الكتاب: إذا مات وترك مالا فغرماؤه أحق به، ولا يحاصهم السيد بما قاطعه كما لا يحاص بالكتابة.

وإن عجز المكاتب وعليه دين بقى دين الناس فى ذمته دون رقبته؛ لأنه لم يأذن فيه السيد.

وإن كاتبه وعليه دين كتمه يسيرًا، بدأ بقضائه قبل الكتابة، أو كثيرًا يؤخر نجومه: خيره فى فسخ كتابته وتركها حتى يؤدى دينه، ثم يستقبل نجومه.

قال اللخمى: إذا استحق ما أخذه السيد من كتابة أو قطاعة، والمكاتب موسر - غرم مثل ما أخذ من السيد، له فيه شبهة أم لا، أو معسرًا ولا شبهة له فيه: أجبر [على][1] رد الكتابة إن رجى له مال، وإلّا رق وسقطت، ولا يفعل الحق بالباطل، أو له فيه شبهة: اتبع فى ذمته ولا يرد الكتابة؛ قاله ابن القاسم.

ومحمل ذلك على أن السيد أعتقه عند دفع ذلك إليه، وإلّا رد عتقه ورق إن كان لا يرجى له مال، إلّا أن يكون الاستحقاق بعد أن طال أمره ووراه[2] الأحرار.

فرع: قال اللخمى: له إعطاء كتابته من خراجه من ربح تجارته وهباته، ونحو ذلك، فإن كان صانعًا يحتاج لرأس مال: فلا يقضى إلّا من الفاضل بعد قضاء ما داين عليه لتلك الصنعة.

وإن نقص رأس المال: لا يؤدى من الربح حتى يجيز الوضيعة.

وإن وهب هبة وقصد الواهب أن يوفى منها كتابته: جعلها للكتابة، وإن لم يقصد

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: ووراه.

الواهب شيئًا، خير بين الكتابة وغيرها.

فرع: فى الكتاب: ليس له التزوج - وإن رآه نظرًا - أو يسافر بغير إذنك فيبدل إبطال كتابته ففعل فذلك الإمام؛ لتعلق حق الله -تعالى- بالعتق.

قال ربيعة: ليس لك فسخ الكتابة فى بعيد السفر إلّا بالإمام؛ ليجتهد فى كونه بعيدًا أم لا.

وإن تزوج فرق بينهما وانتزع ما أعطاه منها.

قال اللخمى: أما إن كان صانعًا أو تاجرًا قبل الكتابة فلك منعه؛ لأن مقصودك أن يوفيك من الذى جرت[1] به عادته، فإن بارت الصناعة أو التجارة واحتاج للسفر: فلك منعه إلّا أن يأتى بحميل بالأداء من الباقى من كتابته أو قيمته.

وإن كان شأنه الكسب بالسفر قبل الكتابة: لم تمنعه، ولا يلزمه حميل.

وإن أحب السفر إلى موضع يحل النجم قبل رجوعه: منع، وإن كان يعود[2] قبل ذلك وهو مبهم فتعدى [ويبج][3] هنالك منع.

فرع: فى الكتاب: يتبعه ماله من رقيق، وعرض، وعين، ودين؛ لئلا يتعذر الوفاء بالكتابة، وليس لك[4] أخذه بعد الكتابة إلّا أن تشترطه[5] عند العقد فهو لك.

ولا يتبعه ولد متقدم وإن كتمه؛ لأنه ملكك ولم يتناوله العقد، ولا حمل أمته، ولا أمة تبع له؛ لأنها مالك[6]، ولأنه إذا فلس أخذ ماله دون ولده، وكذلك البيع.

وقال ابن يونس: والمكاتبة إذا كوتبت حاملًا تبعها ولدها.

قال محمد: وإن كاتب عبده عليه وعلى أم ولده كتابة واحدة أو مفترقين جاز، ويحرم على المكاتب أمته؛ لأنها وولاءها للسيد، وإن مات المكاتب بيعت وحدها، لأنها فى عقد الكتابة، وإن ترك وفاء عتقت فيه، واتبعها ولدها منه.

وإن تزوجها المكاتب بعد أن كاتبها السيد، فلا يرجع عليها السيد، ولا الولد بما أدى عنها من مال زوجها الميت.

---

(١) فى ط: حدث.
(٢) فى ط: يسود.
(٣) كذا فى ط.
(٤) فى ط: له.
(٥) فى ط: يشترطه.
(٦) فى ط: ماله.

قال اللخمى: إن كان له مال فكتمه: قال مالك: [المال][(١)] للعبد، والأحسن: أن يكون للسيد، إن ظن أن السيد لو علم به لا ينتزعه قبل الكتابة، ثم يكاتبه، وإن علم أنه يتركه فى يده ويزيد فى كتابته، ويعلم بذلك قبل أن يؤدى الكتابة، فإن رضى العبد بتلك الزيادة، وإلّا فسخت الكتابة إلّا أن يرضى العبد بتسليم ذلك المال، وإن أشكل الأمر صدق العبد فيما يقوله من ذلك.

فرع: فى الكتاب: إن أعانه قوم بمال يؤدى منه كتابته وفضلت فضلة - ردها عليهم بالحصص إن قصدوا فك رقبته لا الصدقة عليه، وإن عجز لم يرد عليه ما[(٢)] قبضه منه قبل العجز من كسب أو صدقة عليه، فإن أعانوه لفك الرقبة فلم يفك بالكتابة: رجع كل بما أعطى إلّا أن يحلل منه المكاتب فيكون له، وإن أعانوه صدقه[(٣)] لا على الفكاك فعجز: حل لك ذلك.

قال ابن يونس: قال أشهب: إن أعانوه على الفكاك وعجز فعرفهم رده عليهم، وإن لم يعرفهم جعله فى مكاتبين، أو فى رقاب؛ لأن مقصود الدافع قربة العتق.

قال سحنون: إن لم يعرفهم وقف المال بيده أبدًا؛ لأنهم إنما قصدوا الإحسان إليه خاصة، وهذا المال كالوديعة، قيل: يعمل صاحبها ويتصدق بها.

فإن قالوا: أردنا فكاك الرقبة، وقال السيد: بل الصدقة، حمل على عرف البلد، فإن كان معهم صدقوا مع أيمانهم، قال اللخمى: إذا كان الحكم رد الفضلة وأخذ المال من رجلين ولم يدر لأيهما[(٤)] هى - تحاصا من فكاك الفضل، فإن عرفت من أى المالين هى: كانت لصاحبه أعطى أولًا أو آخرًا.

وإن أعطاه ذلك من زكاة ولم يوف: انتزع من السيد، إلّا أن يكون فقيرًا، وإن فضلت فى يد العبد: جاز له حبسها إن كان ممن يجوز له الزكاة.

وإن أخذ مالين وفى كل منهما كفاف، أمر أن يؤدى من الأول، ويرد الثانى: فإن أدى من الثانى: خير الأول بين أخذ ماله بعينه، أو يدفعه للثانى، ويبقى له الأجر[(٥)].

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: مع.
(٣) فى ط: صدقته.
(٤) فى ط: أيهما.
(٥) فى ط: الآخر.

فرع: فى الكتاب: إن أعتقت نصف مكاتبك فى صحتك فى غير وصية، فهو وضع مال، فيوضع عنه نصف كل نجم، ولا يعتق عليك إن عجز، أو وضعت حصتك من المشترى أو أعتقتها: وضع لك من كل نجم، فإن عجز: رق لكما، وإن مات مكاتبًا: أخذ المتمسك - مما ترك - ما بقى له، وما بقى[١] بينكما، ولو كان عتقًا لكان للمتمسك خاصة، ويقوم على المعتق ما بقى من الكتابة، ولكان من ترك مكاتبًا وورثه بنون وبنات فأعتق البنات حصتهن، أن لهن ولاء نصيبهن، وهن لا يرثن من ولاء المكاتب شيئًا، وإن أعتقن نصيبهن، وإنما يرث ولاءه ذكور ولد السيد[٢] أو عصبته من الرجال.

ولو كان لك مكاتب فأعتقت نصفه: لم يعتق عليك النصف الباقى إلّا بأداء بقية الكتابة.

وإن أعتق المريض بعض مكاتبه: وضع حصة ذلك من كتابته، وإن عجز: عتق ذلك الشقص من[٣] ثلثه؛ لأنه وصية للعبد.

قال ابن يونس: قال محمد: إن قلت لعبد: إن كلمت فلانًا فنصفك حر، فكاتبته، ثم كلمت فلانًا: وضعت عنه نصف ما بقى من الكتابة يوم الكتابة، وإن عجز: رق كله، ولا يلزمك حنث، كمن أعتق نصف مكاتبه.

وكذلك حنث أحد الشريكين بعد أن كاتباه.

وإن حلفت بحرية جميعه، ثم كاتبته مع آخر، ثم حنثت[٤]: عتق إن عجز، ولا يعجل عتقه حتى يعجز، وهو كمن أعتق أحد مكاتبيه.

فإن أعتقت عضوًا من مكاتبك عتق جميعه، لأنك قاصد للعتق -ههنا- لا وضع الكتابة، بخلاف[٥] عتق الحر.

قال ابن سحنون: إن قلت: اخدم فلانًا وأنت حر، فوضع عنه المخدم نصف الخدمة، فإن أراد أنه ترك له خدمة نصف سنة، فهو كذلك، أو تمليك سيده، وإن شركه فيها عتق المكاتب كله، كمن وهب لعبده نصف خدمته، لأن الخدمة

(١) فى ط: ترك.
(٢) فى ط: ذكورًا ولد للسيد.
(٣) فى ط: منه.
(٤) فى ط: حنث.
(٥) فى ط: لخلاف.

كالرقبة[١]، فكأنه وهبه نصف رقبته.

ومن علق العتق على الخدمة فعجل العتق، عتق، وسقطت الخدمة. والمكاتب إنما يملك فيه مالًا يعتق نصفه: وضع مال فقط.

قال ابن القاسم: إن وضعت نجمًا بغير عينه، وهى عند الموت ثلاثة، وضع عنه من كل نجم ثلثه، فإن أدى عتق، وإن عجز عتق ثلثه.

وإن أوصيت بالنجم الأول اعتبرت قيمته لو بيع قرب محله، فإن كانت عشرة وقيمة بقية النجوم على محل آجالها عشرة، فالوصية بالنصف من رقبته، فيجعل فى الثلث الأقل من نصف قيمة رقبته، أو قيمة ذلك النجم فأى ذلك حمله الثلث عتق نصفه، ووضع عنه ذلك النجم بعينه، وكذلك يعمل فى النجم الآخر والأوسط، فإن لم يدع غير مكاتب خير الورثة بين وضع ذلك النجم وعتق نصفه، أو يعتقوا ثلثه، ويوضع عنه من كل نجم ثلثه.

قال اللخمى: إن قلت: إن مت فنصف مكاتبى حر عن ذلك النصف من ثلثه، فإن عجز عن الأداء فى النصف الباقى كان نصفه عتيقًا.

فرع: فى الكتاب: يمتنع وطؤها، فإن فعلت درئ الحد بالشبهة، أكرهتها أم لا، وتعاقب، إلا أن تعذر بالجهل، ولا صداق لها، ولا ما نقصها إن طاوعته، وإن أكرهها فما نقصها، وعلى الأجنبى أرشها بكل حال؛ إذ قد تعجز، فترجع معيبة لسيدها.

وهى بعد وطء سيدها على كتابتها، فإن حملت خيرت بين أن تكون أم ولد، أو[٢] تمضى على كتابتها.

وإن جنى على جنينها ففيه ما فى جنين الحرة موروث على فرائض الله -تعالى- لأنه من السيد كجنين أم الولد.

قال ابن يونس: قال سحنون: إنما ينقصها إذا كانت بكرًا، ولها - إذا حملت - أن تعجز نفسها، وترجع أم ولد، ولها مال كثير وقوة على السعى.

قال مالك: وإن اختارت الكتابة فنفقتها على سيدها فى الحمل ما دامت حاملًا كالمبتوتة، فإنه ينفق على ولده.

وقال أصبغ: نفقتها على نفسها؛ لاختيارها الكتابة، والمكاتبة نفقتها عليها حتى

(١) فى ط: كالرقب.
(٢) فى ط: و.

تعجز.

فرع: فى الكتاب: إذا ولدت بنتًا، وابنتها بنتًا أخرى، فزمنت البنت العليا، فأعتقها، جاز، وبيعت الأم مع السفلى، وبيعت السفلى. ولو ولدت السفلى فولدها حر، ولا يخرج من الكتابة وتسعى هى معهم، إلّا أن ترضى هى وهم بإسلامها إلى السيد، ويحط عنهم حصتها، وتصير - حينئذ - أم ولد لك.

قال سحنون: إن كان معها فى الكتابة من يجوز رضاه.

قال ابن يونس: وإن كان فى [قومها من][1] يرجى نجاتهم بها، ويخاف عليهم - إذا رضوا بإجارتها - العجز، امتنع، إذ ليس لهم أن يرقوا أنفسهم.

وقال بعض الرواة: يمتنع، وإن رضوا ورضيت، وإن كانت قوتهم مثل قوتها؛ لأن حالهم قد يتغير، ويبقى معهم إن عتقوا عتقه، وإن عجزوا كانت أم ولد، ويعرف ما يخصها من الكتابة، بأن يعرف كم يلزمها حين بلغت السعى أن لو كانت هكذا يوم عقد الكتابة، فيحط عنهم قدر ذلك على القول بجواز ذلك.

قال محمد: وإذا كاتب المكاتب أمته بإذن السيد، ثم وطئها المكاتب فحملت، فلا خيار لها فى التعجيز، وإن أدت عتقت وولدها، وإن أدى المكاتب قبلها عتق مع ولدها، وسعت فيما بقى عليها إن شاءت، أو عجزت نفسها وبقيت أم ولد.

وإن مات فى كتابته قبل خروجها، وترك وفاء كتابته، عتقت مع ولدها، وإن بلغ الولد قبل عتقها سعى مع أقربهما[2] عتقًا وعتق.

وإن كان معه ما يؤدى عن أبويه أخذ من ماله ما يؤدى عنهما وعتقوا.

وإن ماتت هى أولًا وتركت مالًا أخذ المكاتب من مالها ما بقى عليه، وعتق هو وولدها، وورث الولد ما بقى من مالها.

فإن لم يكن فيه وفاء، فللولد أخذه، والسعاية فيه، وإن لم تدع شيئًا فإن أدى عتق.

فإن كان سيد المكاتب هو الذى وطئ هذه المكاتبة فحملت، قال ابن القاسم: لها الخيار فى تعجيز نفسها، وتكون أم ولد للسيد الواطئ، ويغرم قيمتها للمكاتب، ولا شيء عليه فى الولد، [و][3] ليس للسيد أن يحسب بالقيمة المكاتبة فى كتابتها إلّا

---

(١) فى ط: قوتها ممن.
(٢) فى ط: قربهما.
(٣) سقط فى ط.

أن يشاء المكاتب، وإن اختار البقاء على الكتابة غرم قيمتها يوم وطئها، قيمة أمة توقف خيفة أن يعدم الواطئ عند العجز، وولده حر مكانه، وإن أدت عتقت، وأخذ الواطئ القيمة، أو عجزت فالقيمة لسيدها المكاتب وهى أم ولد السيد الواطئ، وإن ماتت قبل الأداء فالقيمة لسيدها المكاتب.

وعنه: إن ماتت قبل الأداء أخذ من القيمة الموقوفة قيمة الولد، فدفعت للمكاتب، ورجع باقيها للواطئ.

وإن اشتريت أمة فأولدتها فاستحقت لأنها مكاتبة، غرمت قيمة الولد، ويأخذه السيد، ويحسب لأمته من آخر كتابتها، لأن هذه ترجع لرق الكتابة، ولا تكون أم ولد للواطيء[1]، فولدها بمنزلتها؛ فلذلك غرم الأب قيمته، ولولا السنة التى جرت بحريته لكان مكاتبًا مع أمه، وإنما فداه أبوه عن الكتابة؛ لأنه لو تأخر الحكم عن الأب حتى أدت الأم الكتابة وعتقت، لم يكن عليك قيمة.

ومن وطئ مكاتبة ابنه: قال ابن القاسم: إن حملت خيرت بين أم الولد والكتابة، فإن ولدت عتقت، أو عجزت قومت عليه.

وقال سحنون: ليس له نقل الولاء إلّا بعجز، وإذا عجزت خير الابن فى تقويمها على أبيه، والمعروف لأصحابنا: لا بد أن يقومها عليه، لأنها أم ولد له.

قال ابن القاسم: إن اختارت البقاء على الكتابة، وقفت القيمة، أو عجزت، أخذها الابن وصارت أم ولد.

وإن جنى عليها قبل عجزها ما يفى[2] عقله بعتقها، عتقت ورجعت القيمة إلى الواطئ، وإلا بيعت فيما بقى عليها، فإن أدت عتقت، أو عجزت حوصص واطؤها بما أخذ سيدها من ثمن خدمتها فيما عليه من القيمة، وإن أصابها ذلك بأمر سماوى، ثم عجز أخذ الابن القيمة بالإحصاص.

فرع: فى الكتاب: لا يباع المكاتب وإن رضى لثبوت الولاء لعاقد الكتابة، ويرد البيع، إلّا أن يعتقه المشترى فيمضى ولاؤه له إن كان العبد راضيًا كأنه رضى بالعجز. وكان مالك يقول: إن بيع المدبر فأعتقه المبتاع رد بيعه.

ثم قال: لا يرد، لأن المقصود هو العتق.

(١) فى ط: الواطىء.
(٢) فى ط: يبقى.

وقال غيره: عقد الكتابة قوى فيرد وينقض العتق.

وقال أشهب: هذا إذا لم يعلم المكاتب بالبيع.

وافقنا فى منع بيع المكاتب (ح) و (ش) فى أحد قوليه.

لنا: نهيه ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته[(١)].

فرع: فى الكتاب: إن كاتب المكاتب عبدًا له فبيعت كتابة الأعلى تبعه مكاتبه؛ لأنه ماله وأدى الأسفل للأعلى، فإن عجز الأسفل رد للأعلى، وإن عجز الأعلى رقًا معًا للمشترى، وإن عجز الأعلى وحده أدى الأسفل للمبتاع وعتق، وولاؤه للبائع، وإن لم يبع الكتابة وعجز الأعلى وأدى الأسفل للسيد الأعلى فولاؤه له، وإن عتق الأعلى بعد عجزه لم يرجع إليه ولا الأسفل، ولا شىء مما أدى للسيد؛ لأنه بالعجز رجع رقيقًا، وماله وما على مكاتبه للسيد، وكتابة المكاتب عبده؛ لابتغاء الفضل جائزة، وإلا امتنعت؛ لأنه من باب العتق.

وكذلك قوله لعبده: إن جئتنى بكذا فأنت حر، إلّا أنه يتلوم للعبد فى هذا.

ويجوز بيع كتابة المكاتب إن كانت عينًا بعرض نقدًا، أو عرضًا بعرض مخالفٍ له، أو بغير نقد، وما تأخر كان دينًا بدين، ويتبعه فى بيعها ماله.

قال ابن المسيب: المكاتب أحق بكتابته إذا بيعت بالثمن.

ومنع (ش) و (ح) بيع الكتابة.

لنا: قوله -تعالى-: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ وقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾.

ولأنها ملك للسيد، وبيع المملوك جائز.

احتجوا بنهيه ﷺ عن بيع [الكتابة][(٢)].

ولأن المشترى لا يدرى أيحصل له النجوم أو الرقبة؟ فهو كما لو باعه ثوبا، فإن لم يجده أخذ عبده، وهو باطل إجماعًا، لأن سعايته للمشترى لا يدرى أيأخذ نجومًا، أو بعضها، أو رقبة؟

ولأنه قد يموت قبل النجوم، فيذهب الثمن باطلا.

والجواب عن الأول: أنه مخصوص بما فى مسلم: أن عائشة - رضى الله عنها -

---

(١) أخرجه البخارى (٥/ ١٦٧) فى العتق: باب بيع الولاء وهبته (٢٥٣٥)، ومسلم (٢/ ١١٤٥) فى العتق: باب النهى عن بيع الولاء وهبته (١٦/ ١٥٠٦)، ومالك فى الموطأ (٢/ ٧٨٢) فى العتق: باب مصير الولاء لمن أعتق (٢٠).

(٢) سقط فى ط.

جاءتها بريرة تستعينها[١] فى كتابتها ولم تكن قضت من كتابتها شيئًا، فقالت عائشة - رضى الله عنها -: ارجعى إلى أهلك، فإن أحبوا أن أقضى عنك كتابتك، ويكون ولاؤك لى، فعلت [فذكرت ذلك لأهلها. فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم. فأتتنى][٢]، فذكرت ذلك فانتهرتها فقالت[٣] لاها الله، فسمع رسول الله ﷺ فسألنى فأخبرته، فقال: «اشْتَرِيهَا وَأَعْتِقِيهَا وَاشْتَرِطِى لَهُمُ الْوَلَاءَ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ، ثُمَّ قَامَ رَسُولُ الله فَقَالَ: مَا بَالُ النَّاسِ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِى كِتَابِ الله عَزَّ وَجَلَّ، مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِى كِتَابِ الله فَلَيْسَ لَهُ، وَإِنْ شَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ، شَرْطُ الله أَحَقُّ وَأَوْثَقُ»[٤].

فوائد: قال صاحب المفهم: ظاهر الحديث: فسخ الكتابة وبيع المكاتب، وقاله بعض العلماء شاذًا، وتأوله الجمهور. فإن الكتابة لم تكن انعقدت، ومعنى: كاتبت أهلى، أى راودتهم على الكتابة فى أجلها ومبلغها. والظاهر: خلافه.

وقيل: بيع الكتابة، وهو فاسد، لأن من[٥] أجاز بيع الكتابة لم يجعل[٦] الولاء للمشترى.

وقيل: عجزت، فاتفقت هى وأهلها على فسخ الكتابة.

وإنما يصح إذا قلنا: إن التعجيز غير مفتقر الى حكم حاكم، وهو المعروف من المذهب خلافًا لسحنون؛ لأن الحق لا يعدوهما[٧]، أو يلاحظ أن فيها حقًا لله، وأنهما يتهمان عليه.

ويدل على العجز قولها: «ولم تقض من كتابتها شيئًا» فى بعض الطرق، وقضاء الحق إنما يكون بعد استحقاقه، وجاءت تستعينها، وذلك عجز ظاهر.

وقولها: «لاها الله» بمدها: يحتمل أنه من قول بريرة: أى: لا أستسفهك، أو من قول عائشة، أى: لا: أشترط لهم الولاء.

---

(١) فى ط: تستسعيها.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: وقلت.
(٤) أخرجه البخارى (٤/ ٣٧٦) فى البيوع: باب إذا اشترط شروطًا فى البيع لا تحل (٢١٦٨)، وفى (٥/ ٢٢٥) فى كتاب المكاتب: باب استعانة المكاتب وسؤاله الناس (٢٥٦٣)، ومسلم (٢/ ١١٤١-١١٤٣) فى العتق: باب الولاء لمن أعتق (٦/ ١٥٠٤).
(٥) فى ط: لأمن.
(٦) فى ط: يحصل.
(٧) فى: الحى لا يعدرهما.

وقوله: «واشترطى لهم الولاء»، لم يروها أكثر الرواة، وهى مشكلة من جهة أمره ﷺ باشتراط ما لا يجوز، وإدخالهم فى الغرر وبالخديعة، وذلك كله محال على النبى ﷺ، وأجيب بأن: «لهم»، بمعنى: «عليهم»، كقوله -تعالى-: ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ [الإسراء:٧]، أى: عليها، وقوله -تعالى-: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ لَهُمُ ٱللَّعْنَةُ﴾ [الرعد:٢٥]، أى: عليهم.

أو: معنى الأمر: الإباحة والتنبيه على عدم النفع، أى: اشترطى أو لا تشترطى فإنه لا ينفعهم.

أو: إن عدم نفع ذلك كان مشتهرًا فلا غرر، وأطلق الأمر، أى: هم يعرفون أن ذلك لا ينفع، لقوله -تعالى-: ﴿وَقُلِ ٱعْمَلُواْ فَسَيَرَى ٱللَّهُ عَمَلَكُمْ﴾ [التوبة:١٠٥] ويريد: أنه ﷺ بدأ بالإنكار، ولو كان الحكم مجهولًا لبدأ بالتعليم.

وقيل: اشترطى لهم، أى: أظهرى لهم حكم الولاء، والاشتراط: الإظهار لغة أيضًا، قال أوس بن حجر:

فأظهر فيها نفسه وهو معلم ... وألقى بأسباب له وتوكلا[(١)]

أى: أظهر نفسه لما أراد أن يفعل.

ويقرب منه قوله -تعالى-: ﴿فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا﴾ [محمد:١٨]، أى: علاماتها التى تعلم بقربها؛ وهذا للخطابى، والثلاثة الأول للمالكية، فهذه أربعة تأويلات.

وقوله: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِى كِتَابِ الله»، أى: ليس فيه [إجمالًا ولا تفصيلًا][(٢)].

وعن الثانى: أن المبيع فى الحال إنما هو الكتابة، كبيع الديون والرقبة - أمر تؤدى إليه الأحكام، كمن أسلم فى موصوف، فيتعذر عند الأجل فيأخذ الثمن، وهو جائز إجماعًا.

ولمالك: توقع الاستحقاق والرد بالعيب يرد فيه الثمن، ويفارق بيع أحد عبدين مختلفين، لأن المبيع ليس معينًا، وههنا معين.

وعن الثالث: أنه فى السلم لا يدرى أيأخذ بعض المسلم فيه، أو كله، أو الثمن؟

تفريع: قال ابن يونس: قال مالك: المكاتب أحق بكتابته إذا بيعت لأنه أخف للغرر وأعذر من الأجنبى، إن بيعت كلها حتى يعتق، وليس أحق ببيع بعضها؛ لعدم

(١) ينظر ديوانه ص ٨٧، واللسان (شرط، عصم)، وجمهرة اللغة ص(٧٢٦)، ويروى صدره هكذا: فأشرط فيها نفسه وهو معصم.

(٢) فى ط: إجمالا ولا تفصيل.

العتق في الكل، بل في البعض.

قال مالك: ويرثه المشترى إذا مات كاسترقاقه، وكذلك في الهبة، والصدقة، وإن كان المتروك أكثر من الكتابة.

وإن وهبت كتابته فعجز، قال ابن القاسم: يرق للموهوب[١] له كالبيع.

وعنه: يرجع للواهب؛ لأن الهبة لم تتناول الرقبة.

والفرق: أن الثمن بدل يرجع في مبدله عند التعذر، والهبة لا بدل فيها.

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: إذا اشترى الكتابة وظهر فيها عيب وأدى، فلا رجوع للمشترى؛ لأنه قد حصل له ما اشترى، أو عجز: رق له، وله رده بالعيب، ويرد جميع ما أخذ من الكتابة، ولا يكون ذلك كالغلة؛ لأنه لو اقتضى تسعة أعشار الكتابة، ثم عجز فرد بالعيب: يكون له ما اقتضى؛ لأن الكتابة هي نفس المشترى، لا الغلة المشترى. وقيل: لا يرد كالغلة.

وقيل: له رده. وإن لم يعجز: فحجته أنه بالعجز رق، ولا يرد ما قبض، ولأن الأمر كان فيه مترقبًا: هل تحصل الرقبة بالعجز أو الكتابة؟ فإذا عجز كأنه إنما اشترى رقبة، فالكتابة علة.

ولا يبيع أحد الشريكين حصته وإن أذن له شريكه، إلّا أن يبيعاها جميعًا، ولا يشترى المكاتب نصيب أحدهما؛ لأن بيع أحدهما كالقطاعة.

وجوز أشهب بيع نصف الكتابة أو خدمته، أو يجوز بغير عيبه؛ لأنه يرجع إلى خدمته.

قال اللخمي: منع عبد العزيز بيع الكتابة مطلقًا.

قال: وهو أقيس؛ للغرر. وجوزه سحنون عند الضرورة كالفلس دون الاختيار.

وأجاز عبد الملك بيع أحد الشريكين حصته.

ولا يباع[٢] نجم بعينه، لأنه[٣] غرر إن عجز بعد أن اقتضى ذلك النجم أخذ ما ينوبه من الرقبة، فكان المبيع النجم أو الرقبة، ولا يأخذ المكاتب بيع بعض كتابته إلا بإذن سيده، لأن ذلك يضعف ما في يديه، ولأنه يؤدى إلى أن يعطى منه عن جميعه.

---

(١) في ط: الموهوب.
(٢) في ط: يبع.
(٣) في ط: لا.

وإن باع أحد الشريكين لم يكن أحق بنصيب الشريك إلّا بإذن الشريك الذى لم يبع؛ لأن للذى لم يبع حقًّا فى المال الذى يدفعه للبائع، فإن أذن وعجز عن أداء الباقى منه عتق الجزء المشترى، بخلاف وضع السيد.

وفى المنتقى: إنما امتنع بيع الجزء؛ لأنه يؤدى أدائين مختلفين: للسيد بالكتابة، وللمشترى بالابتياع.

كما لا يجوز كتابة بعضه؛ لأنه يؤدى عن أحد النصفين بالخراج، وعن الآخر بالكتابة.

وتشترط المخالفة فى الثمن والكتابة إذا بيعت من أجنبى، بخلاف المكاتب، لأنه له نقله من[1] ذهب إلى ورق، ومن عرض إلى جنسه، لأنه ليس معاوضة، بل ترك ما عليه ووضع غيره.

وإذا أدى للمشترى فولاؤه لعاقد الكتابة.

وقال (ش) وابن حنبل: للمشترى.

لنا: أن الولاء لمن أعتق، والمعتق عاقد الكتابة[2]، ولا ينتقض ذلك إلا بالعجز، والبيع إنما تعلق بما عليه دون الولاء.

وأخذ[3] العبد بيع الكتابة من المشترى ليس من باب الشفعة، بل من باب تقديم العتق على الملك، لأنه إذا اشترى نفسه عتق، والمشترى ربما أفضى أمره إلى الاسترقاق.

فرع: فى الكتاب: إذا كاتبته وعليك دين، وعليه جناية، فقيم عليه بذلك الآن، فقال: أؤدى عقل الجناية والدين، وتثبت[4] الكتابة - فذلك له.

وإن كاتب أمته وعليه دين يغترقها فولدت فى كتابتها، فللغرماء رد ذلك، ويردها الدين وولدها إلا أن تكون فى ثمن الكتابة إن بيعت بنقد مثل الدين، فلا تفسخ الكتابة، وتباع الكتابة.

وإن فلس بدين حدث بعد الكتابة، لم يكن للغرماء غير بيع الكتابة، لتأخر الدين عن سبب العتق.

---

(١) فى ط: عن.
(٢) فى ط: للكتابة.
(٣) فى ط: واحد.
(٤) فى ط: ثبت.

فرع: فى الكتاب: إن أسلم أحد مكاتبى الذمى فى كتابة واحدة، بيعت كتابتهما جميعًا، ولا يفرقا كعقد الحمالة، رضيا أم كرها.

وكذلك إن أسلم ولد مكاتبه والمكاتب نصرانى، بيعت كتابتهما.

فرع: قال: إذا غنمتما مكاتبًا لمسلم أو ذمى إليه أو اسدئك الله إن عرف سيده غاب أو حضر، ولا يقسم توفيةً بعقد الكتابة، وإن لم يعرف بيعت كتابته فى المغنم، ويؤدى لمن صار إليه فيعتق، وولاؤه للمسلمين، فإن عجز رق لمن صار إليه كالبيع.

فى النكت: إن أتى سيده المجهول وقد قبض المشترى بعض الكتابة، فأحب افتكاكه قاصَّ المشترى فيما قبض، ولا يبدأ فى هذا الموضع المكاتب بالتخيير، فيقال: أد وإلّا عجزت؛ لأنه لم يقسم على أنه عبد، وإنما بيعت الكتابة، ويخير إن قسم على أنه عبد، ثم علم أنه مكاتب، وامتنع سيده فيقال له: أد ما اشتراك به المشترى، وإلّا عجزت، فإن عجز خير سيده بين إسلامه رقيقًا، وافتكاكه كما إذا جنى.

فرع: فى الكتاب: إذا تنازعتما فى حلول نجم، صدق المكاتب كمن أكرى داره سنة، أو باع بدنانير إلى أجل بسنة فادعى حلولها صدق المكترى والمشترى.

وإن قال: خمسون فى عشرة أنجم، وقلت: فى خمسة، صدق، ويصدق عند تكافؤ البينتين، لأنه المطلوب، وإلّا قضى بأعدلهما؛ قاله أشهب.

وقال غيره: يقضى ببينة السيد؛ لأنها زادت؛ لأنه لو قال: الكتابة ألف، وقال المكاتب: تسعمائة، صدق المكانب، ويقضى ببينة السيد؛ لأنها زادت.

وإن قلت: مائة، وقال: ثمانين صدق إن أشبه قوله؛ لأن الكتابة فوت، كمن اشترى عبدًا فكاتبه ثم اختلفا فى الثمن، صدق المشترى.

ثم رجع إلى أنهما يتحالفان ويترادان إن لم تفت السلعة بحوالة سوق فاعلًا.

وإن بعث بكتابته، فأنكرت قبضها ولم يقم المرسل بينة، فالدافع ضامن، كمن بعث بدين أو خلع.

وفى النكت: الفرق بين اختلافهما فى عدد النجوم، واختلافهما فى عدد الكتابة وتكافأت البينتان؛ لأن بينة السيد زادت فى اختلافهما فى النجوم فشهدت له بنفع قلة النجوم، ونفعت بينة العبد بالتأخير، فيقابل [النفع][1] النفع، فلا مزية، وبه يظهر

---

(١) سقط فى ط.

الفرق بين ما قاله[١] ههنا وبين ما استشهد به الغير.

قال اللخمى: اختلافهما يقع فى ستة مواضع: القدر، والجنس، والحلول، والقطاعة هل كانت على أحد الوجوه السابقة، أو أنه لا يكون حرًا إلّا بأداء ما قاطعه عليه، ثم يعجل، ويختلفان فيما قاطعه، وعجل عتقه عليه.

فإن اختلف فى القدر فقد تقدم.

وعلى أصل أشهب: يتحالفان[٢] ويتفاسخان ما لم يؤد نجمًا، فيتحالفان ويرجع إلى كتابة المثل، ما لم تزد على دعوى السيد، أو تنقص عن دعوى العبد، وهو أصله فى البيع، أنهما يتحالفان مع فوات السلعة، ويرد القيمة ما لم تزد أو تنقص.

وكل هذا إذا أتيا بما يشبه، وإلّا فالقول قول مدعى الأشبه من سيد أو عبد، اختلفا: قبل[٣] نجم أو بعده.

فإن اختلفا فى الجنس هل هو ثوب أو زيت؟ فعلى أصل قول ابن القاسم: الكتابة تفوت[٤]، ويتحالفان، وعليه كتابة مثله من العين، فإن نكل أحدهما صدق الحالف.

فإن قال: دنانير، وقلت: دراهم، وهما فى العدد سواء، أخذ ما قاله العبد، واشترى به ما قاله السد، ولم يتحالفا.

وإن اختلف قدرهما: فالجواب ما تقدم.

وإن قلت: عينًا، وقال: عروضًا، صدقت؛ لأنها غالب الكتابة، إلّا ألا يشبه[٥] فى قدره.

ويصدق العبد فى التنجيم، لأنه سنة الكتابة، إلّا أن يأتى بما لا يشبه[٦] من كثرة النجوم، نحو عشرين سنة.

ويصدق السيد فى حلول القطاعة، لأنه أصلها، إن كانت القطاعة أقل من الكتابة. وقال أصبغ: وإلا فالقول قول العبد: أنك قسمت الكتابة فى قدرها إلى مثل ذلك الأجل، أو دونه أو أكثر منه، إذا أتى بما يشبه إن عجلت له العتق، وإلّا

(١) فى ط: ماله.
(٢) فى ط: يتكالفان.
(٣) فى ط: هل.
(٤) فى ط: فوت.
(٥) فى ط: الأشبه.
(٦) فى ط: بالأشبه.

تحالفتما وتفاسختما، وعادت الكتابة.

فإن اختلفتما فى جنس ما قاطعته[١] به: تحالفتما وتفاسختما وعادت الكتابة ان لم يعجل له العتق، وإلّا صدق العبد؛ لأنه مدعى عليه.

ووافقنا (ح) إذا اختلفا فى مال الكتابة.

وقال (ش): يتحالفان ويتفاسخان ويرجع رقيقًا.

لنا: القياس على ما إذا أعتقه فى الحال على مال، فإنه يصدق مع يمينه اتفاقًا.

ولأنه خرج من يد مولاه بالكتابة، فلا يكون، كما إذا كاتبه المشترى واختلفا فى الثمن لم يتحالفا لخروجه عن اليد.

ولأنها عتق بشرط؛ فلا يثبت فيه التحالف كما إذا قال: إن جاء رأس الشهر فأنت حر، وادعى العبد أن الشرط دخول الدار، وإذا سقط التحالف كان القول قول من عليه البدل كالمتبايعين إذا سقط بينهما التحالف، فيحلف من عليه البدل.

احتجوا بأنها عقد يلحقه الفسخ فأشبه البيع.

ولأنه لو شهد شاهد أنه كاتبه على ألف، وشهد آخر أنه كاتبه على مائة، لم يحكم بالكتابة كما لا يحكم بالبيع، فهى كالعقود يدخلها التحالف.

والجواب عن الأول: الفرق بأن الكتابة تثبت مع نوع من الجهالة، ولا يفسدها الشرط الذى يفسد البيع، لأنها موضع مسامحة وعتق، فلا تفسخ بالتحالف كالبيع.

وعن الثانى: أن السيد يحلف مع شاهد الألف.

قاعدة: المدعى الذى عليه البينة: من قوله على خلاف أصل أو عادة، والمدعى عليه الذى يصدق بدعواه[٢] أصلًا، كالمدعى القلة، والبراءة، أو عادة كمدعى الأشبه، ورد الوديعة وقد قبضها ببينة، أو إنفاق ما لم يوافق العادة على اليتيم، وعلى هذه القاعدة تتخرج فروع الدعاوى كلها، وليس المدعى هو الطالب، بل قد يكون المطلوب: كالوصى والمودع.

فرع: فى الكتاب: إذا أخذت منه رهنًا يملكه فغاب عليه فضاع بيدك، ضمنت قيمته، فإن ساوى الكتابة عتق مكانه.

---

(١) فى ط: قاطعه.

(٢) فى ط: من واث.

وإن فلست أو مت واشترطته فى عقد الكتابة: فهو انتزاع لا يحاصص به العبد من[1] مالك.

وإن وجد رهنه بعينه فى فلس أو موت: فلا شىء له فيه، ولا محاصة له به، ولا لغرمائه.

وإن كان الرهن بعد عقد الكتابة لنجم حل أو نحوه، فللمكاتب أخذه إن وجده بعينه، أو المحاصة بقيمته إن لم يجده، فما صار له قاص به [ما حل][2] عليه، وما بقى له من قيمة الرهن ففى ذمة السيد يقاص به المكاتب فيما يحل عليه.

قال غيره - وهو أشهب -: ليس ذلك انتزاعًا، رهنه فى العقد أو بعده، ويضمنه السيد إن لم تقم بينة، فإن كانت القيمة دنانير، والكتابة دنانير تقاصا؛ لأن فى وقف القيمة ضررا عليهما، إلا أن يتهم السيد بالعدوان على الرهن ليتعجل الكتابة، فتوقف القيمة بيد عدل.

وإن كانت الكتابة عرضًا أو طعامًا، وقفت القيمة رجاء رخص ما[3] عليه عند محله، ويحاص الغرماء بالقيمة فى الموت والفلس، ويمتنع الرهن من غير المكاتب كالحمالة، لأنه حمالة.

فى النكت: قيل: إن كان الرهن انتزاعًا فلا ينتفع به المكاتب، فلس السيد أم لا، أو ليس بانتزاع: فيحاص به غرماء سيده.

قيل: هو انتزاع ووعده برده بعد وفاء الكتابة، وذلك كالهبة يقوم بها عليه ما لم يفلس.

قال ابن يونس: قال محمد: حيث يحاصص المكاتب غرماء سيده، وما صار له فى المحاصة حوصص به فيما حل عليه.

قال محمد: فيأخذه الغرماء، ثم يباع لهم بقية الكتابة، فإن أدى كان حرًّا، أو عجز رق للمشترى كله، واتبع المولى ببقية رهنه.

وإذا بيعت كتابته فله أن يحاص الغرماء فى ثمنه، كما يحاصهم فيما بيده، فإن نابه أكثر مما حل عليه حسب ذلك من أول نجم، ثم مما يليه، وإن كان فيه كفاف ما

---

(١) فى ط: عن.
(٢) فى ط: عاجل.
(٣) فى ط: رجاء خصمًا.

عليه من الكتابة عتق مكانه، ولا يدفع ذلك للمكاتب حتى تحل النجوم، إلّا أن يأتى المكاتب برهن ثمنه، ويأخذه ويثبت على كتابته، ويتبع السيد بما بقى له من قيمة رهنه.

وإن كاتبه بمائة وقيمة الرهن مائتان، فضاع وعلى السيد دين: مائتا دينار، ففلسه الغريم فوجد بيد السيد مائتين، حاصص المكاتب فيها بقيمة رهنه، فإن شاء المكاتب تعجل العتق بما يقع له، قال له الغريم: عليك مائة، فأخذنا من المائتين مائةً، ويتحاصان فى المائة الثانية، فيقع للمكاتب خمسون فيأخذها، ويخرج حرًا، ويتبع السيد بخمسين، بقيمة رهنه.

فإن شاء المكاتب أخذ ما يقع له فى الحصاص، ويأتى برهن مكانه(١)، ويؤدى على نجومه، تحاصا فى المائتين، فيقع له مائة، ويأتى برهن قيمته مائة، ويأخذ المائة، ويؤدى على نجومه، إلا أن يكون حل عليه شىء منها، فيأخذ الغريم من المائتين مثل الذى حل على المكاتب ويتحاصان فيما بقى، ويأتى المكاتب برهن مثل ما يقع له فى الحصاص.

قال محمد: للمكاتب المحاصة، وإن كان فى أصل الكتابة؛ لأنه وإن شرطه رهنًا فهو مال المكاتب، لم يشترطه السيد لنفسه، وما نابه فى الحصاص لا يتعجله السيد لنفسه، ولا لغرمائه، ويكون رهنًا.

وكذلك إن كاتبه على أن يسلفه أو يبيعه سلعة أجلها لبعد الكتابة، ففلس السيد، حاص بقيمتها حالةً، ويقبضها إلّا أن يحل عليه فيقاصص، وإن رهن العبد مالا فى ملكه، ولم يعلم السيد، بطل كحمالة الأجنبى، فإن أراد السيد إمضاء الكتابة بلا رهن فله ذلك، وإلّا نقض الكتابة.

قال محمد: إلّا أن يؤدى جل الكتابة، فلا يفسخ، ويفسخ الرهن.

قال: ولو علم السيد أن الرهن ليس لعبده، فسخ الرهن دون الكتابة.

قال اللخمى: الرهن إذا أرهن بعد العقد فله أحكام الرهان، وإن فلس السيد أو مات، فالمكاتب أحق بالرهن إن وجده، أو بقيمته إن فات فى الفلس، فإن كان فى أصل العقد فجعله ابن القاسم انتزاعًا، وخالفه غيره.

---

(١) فى ط: مكاتب.

ويلزم على قول ابن القاسم جواز الربا بين السيد وعبده؛ لأن الزائد انتزاع.

فرع: فى الكتاب: إن زوجتها من رجل على أن يضمن لك كتابتها فولدت منه بنتًا ثم هلك الزوج، فالحمالة باطلة، وتبقى الكتابة على حالها، وابنتها منه لا ترثه، ويرثه أقرب الناس إليه.

قال ابن يونس: إذا لم يؤد الحمالة حتى مات وترك مالًا كثيرًا فلا يؤخذ ذلك من ماله بعد موته؛ قاله محمد؛ لأنه شيء لم يحكم عليه به فى حياته، إلّا أنه لو أدى ذلك حتى تعتق ويفوت ذلك، جاز للسيد، ويرجع به الزوج عليها[1]، ورجعت هى عليه بصداق مثلها يوم وقع النكاح، فيتقاصان.

فرع: فى الكتاب: إذا ورثت[2] مع أخيك لأبيك مكاتبًا هو أخوك لأمك، وضعت عنه حصتك، ويسعى لأخيك فى نصيبه ويخرج حرًا، فإن عجز بيعت حصتك، ولا يقوم عليك بقيته.

فإن وهب لك نصفًا أو أوصى لك به فقبلته، ولا مال ظاهر للمكاتب، فهو مخير فى أن يعجز ويقوم باقيه عليك ويعتق إن كان لك مال، وإلا عتق منه نصيبك ورق باقيه، وإن شاء بقى على كتابته، فإن ثبت عليها حطت عنه حصتك، وإن أدى فولاؤه لعاقد الكتابة.

وليس له تعجيز نفسه إن كان له مال ظاهر للتقويم عليك، فإن تمادى فى كتابته ثم عجز قوم باقيه عليك إن كنت مليًا، وعتق، وإلّا عتق منه نصيبك ورق باقيه.

قال ابن يونس: الفرق بين من وهب بعض مكاتب ممن يعتق عليه فقبله، وبين من أعتق حصته من مكاتب بينه وبين آخر، أن عتق هذا قوم باقيه، وأنه إن عجز لا يعتق عليه حصته ولا يقوم عليه حصة صاحبه، ومن يعتق عليه يقوم عليه بقيته، فالفرق: أن من يعتق عليه لا يستقر عليه ملكه إن عجز، فلا بد من عتقه، فجعلنا قبوله لما وهب له قصدًا للعتق فى تلك الحصة.

قيل لابن القاسم: فلم إذا قبله[3] ولم يعجز توضع[4] عنه حصته، وهو لم يملك

---

(١) فى ط: عليهما.
(٢) فى ط: ورثته.
(٣) فى ط: أدى مثله.
(٤) فى ط: لتوضع.

منه رقًا؟ ولو أدى لكان ولاؤه لعاقد كتابته.

قال: لأنه إن عجز وصار له، عتق عليه، وإذا عجز يقوم على[١] الأخ بقيته، وولاء[٢] هذا النصف الموهوب للواهب؛ لأنه لو وهبه جميعه لعتق، وكان ولاؤه للواهب، فكذلك هبة نصفه، وأما النصف الذى عتق على الأخ فولاؤه له؛ لأنه عتق عليه بعد أن صار رقًا.

فرع: يدخل فى كتابته ولده من أمته إن حملت به بعد الكتابة، [وإن بلغت أولاده جازت، فيوعهم وقسمتهم بغير][٣] إذنه إن كانوا مأمونين.

وما ولدته له بعد الكتابة، أو كوتب وأمته حامل منه، لا يدخل معه؛ لتأخر العقد عنه.

ولا يشترى ولده أو أبويه إلّا بإذنك، فإنه ينقص ماله، فإن اشترى من[٤] يعتق على الحر دخل معهم، وجاز بيعهم وشراؤهم وقسمتهم بغير إذنك لم يفسخ، ولا يدخلون معه، ولا يبيعهم[٥] إلا أن يخشى عجزًا، ولا بيع لهم ولا شراء ولا قسم إلّا بإذنه، ويعتقون بأدائه.

وكذلك أم الولد ليس لها أن تتخير إلّا بإذنه، ولا له بيعها إلّا أن يخاف العجز.

وإن ابتاع من لا يعتق على الحر من[٦] القرابات بإذنك أم لا، لم يدخلوا فى كتابته، وله بيعهم وإن لم يعجزوا، ولا فعل لهم إلا بإذنه.

قال أشهب: يدخل الولد والوالد إذا اشتراهم بإذنك دون الأخ.

وقال ابن نافع: لا يدخل فى الكتابة بالشراء بإذنك إلّا الولد، لأن له أن يستحدثه.

قال ابن القاسم: إن كان مديانًا فابتاع ابنه لم يدخل، لأن الدين مقدم على العتق، وإن أذنت له حتى يأذن غرماؤه.

---

(١) فى ط: عليه.

(٢) فى ط: وولى.

(٣) كذا فى ط.

(٤) فى ط: ممن.

(٥) فى ط: يتبعهم.

(٦) فى ط: المحرمين.

ومن دخل له حكم من كوتب، فإن مات المكاتب أدوا على تلك النجوم.

وما ولد للمعتق إلى أجل، أو للمدبر من أمته بعد العتق بمنزلته، وما ولد قبل ذلك، أو كانت حاملًا حين العقد: رق.

وإن اشترى، وما ولد قبل ذلك: لم يدخل معه، ويباع إن أذنت فى ذلك، إلّا أن يقرب أجل العتق إلى الأجل، أو تأذن للمدبر وأنت مريض، وإنما يعتبر إذنك حيث يكون لك الانتزاع، وإن لم تأذن ولم تنتزعهم حتى عتقوا: تبعوهم كأموالهم، ويعتقون عليهم.

وما ولدت المكاتبة بعد الكتابة بمنزلتها، لا سبيل لك عليه فى السعاية، ما دامت على نجومها، ولها استسعاؤه، فإن أبى وأجرته فلا تأخذ من إجارته ولا مما بيده إلّا ما تتقوى به على الأداء والسعى.

فإن ماتت وتركت ولدين حدثا فى كتابتها سعيا فيما بقى، فإن أمن أحدهما سعى الصحيح، ولا يوضع عنه لموت أمه، ولا لزمانة أخيه شىء. وإن ولد للمكاتب من أمته ولدان واتخذ كل واحد منهما أم ولد فأولدها وأهلك أولادها، ثم مات الجد، فالولدان[1] مع أمهما يسعون، فإن أدوا أعتقت معهم، وإن مات أحدهم قبل الأداء ولم يدع ولدًا وترك أم ولده: بيعت، ويعتق أخوه فى ثمنها، ولا يرجع السيد عليه بشىء.

وإن ولد للمكاتب ولد من أمته بعد الكتابة فأعتق السيد الأب: لم يجز عتقه إلّا أن يكون الأب زمنًا، فإن كان للأب مال يفى بالكتابة، ولا سعاية فى الولد، أدى منه عن الولد حالا وعتقوا.

قال غيره: هذا إن ارتضى العبد العتق وإلّا امتنع، لاتهام السيد فى التعجيل.

قال ابن القاسم: وإن لم يكن له[2] مال إلّا قدر[3] ما يؤدى عنهم إلى[4] أن يبلغوا السعى، أخذ وأدى نجومًا إلى أن يبلغوا السعى، ولا يؤخذ حالًا؛ إذ لو ماتوا قبل بلوغ السعى كان المال لأبيهم.

---

(١) فى ط: فالوالدان.
(٢) فى ط: فى.
(٣) فى ط: قرر.
(٤) فى ط: إلا.

وإن لم يكن فى مال الأب ما يبلغهم السعى: مضى عتق الأب ورقوا.

قيل: فإن كانوا يقوون على السعى يوم عتق الأب، وله مال- قال مالك فى المكاتب يولد له ولدان فى كتابته فيعتق السيد الأولاد، وهو قوى على السعى: رد عتقه، وإلّا جاز، ولم يوضع عمن بقى شىء، ولا يرجع المؤدى على أخيه.

قال غيره: إن كان للأب الزمن مال، والولد قوى على السعى امتنع عتقه؛ لأن ماله معونة كبدنه.

قال ابن يونس: عن ابن القاسم: إن كاتب أمته وبها حمل علم به أم لا فإنه يدخل معها[١].

قال مالك: إن خافت العجز لم يتبع ولدها الحادث فى الكتابة إلّا بإذن السيد.

قال أشهب: وكذلك المكاتب فى بيع ولده من أمته.

قال محمد: والأب والأخ لا يبيعه -وإن عجز- إلّا بإذن السيد، لأن للسيد بيع[٢] الولد مع العجز نفسه، وإذا أذن لأبيه فى بيعه فلا حجة للولد ولا للأخ؛ لأنهم قد وقفوا على العجز كلهم، والرجوع إلى الرق، ولا فرق بين ملك[٣] السيد لهم ولا ملك[٤] غيره، فلم يكن لهم حجة فى بيعهم.

قال محمد: وأما أم ولده فله بيعها عند العجز بغير إذن سيده فى الموضع الذى لو لم يبعها لعجز، فمنع السيد من بيعها ضرر، واستدعاء رق.

وعن عبد الملك: إذا كاتب عن نفسه وأمته فعجز عن بعض نجومه، فأذن السيد فى بيعها، امتنع إلّا أن يعجزه السلطان، فإن ترك وأتت بولد من مشتريها فلا يرد؛ لأنها لا ترجع لأحسن من ذلك، وإن بقى بيد ابنها[٥] فضل، فما أدى من ثمنها من الكتابة ملكه، كما لو قتلت.

وقوله: «قال غيره: هذا إن ارتضى العبد بالعتق»، تفسير.

وإن لم يرض الأب بالعتق [و][٦] تمادى على الكتابة، ثم عجزوا، عتق بالعتق

(١) فى ط: معهما.
(٢) فى ط: السيد تبع.
(٣) فى ط: مالك.
(٤) فى ط: مالك.
(٥) فى ط: أبيها.
(٦) سقط فى ط.

الأول، وليس كمن جعل عتقه فى يديه فرده؛ لأن هذا إنما رده لعلة استعجال[١] المال، فهو كرد أصحابه عتقه.

قال بعض الأصحاب: وفيه نظر: هل هو كمعجل عتق مكاتبه على تعجل كتابته فيأبى[٢] من ذلك ويتمادى على كتابته، ثم يعجز، فإنه يرق؛ لعدم رضاه بما طلبه السيد.

قال اللخمى: حمل المكاتبة يدخل بخلاف حمل أمة المكاتب إلّا أن يشترطه.

وإن اشترى أمة حاملا بإذن سيده دخل الحمل إن ولد فى كتابته، وإن [لم][٣] يأذن السيد، وأجازه ابن القاسم؛ لأن له الشراء بإذن سيده ويولد.

فرع:

فى الكتاب: إن أوصى بمكاتبه أو بما عليه، أو أوصى بعتق مكاتبه، أو بوضع ما عليه، جعل فى الثلث الأقل من قيمة الكتابة[٤]، أو قيمة الرقبة، على أنه عبد مكاتب فى أدائه وجزائه، كما لو قتل.

وقال أكثر الرواة: لا ينظر إلى قيمة الكتابة، بل الكتابة، أى ذلك حمل الثلث جازت الوصية.

[و][٥]إذا وهب المريض نجمًا للمكاتب، أو تصدق، أو أوصى له به، ثم مات، قوم ذلك النجم مع بقية النجوم بالنقد بقدر آجالها، فيقدر حصة النجم منها[٦] فيعتق الآن من[٧] رقبته، ويوضع عنه النجم بعينه إن حمله الثلث، وإلّا خير الوارث بين إجازة ذلك، أو بتل محمل الثلث، ويحط عنه من كل نجم بقدر ما أعتق منه، لا من النجم المعين؛ لأن الوصية قد حالت عن وجهها؛ لامتناع الوارث.

قال ابن يونس: إنما جعل فى الثلث الأقل من قيمة النجم أو ما قابله من الرقبة، كما لو أوصى له بجميع الكتابة، بأن ينظر ما قيمة النجم، فإن كان الربع فمقابله من

---

(١) فى ط: استعجل.
(٢) فى ط: فيانا.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: المكاتبة.
(٥) سقط فى ط.
(٦) فى ط: منهما.
(٧) فى ط: فى.

الرقبة، فينظر لقيمة ربع[١] الرقبة وقيمة النجم.

قال أشهب: فإن لم يكن للسيد مال غير المكاتب، وقد أوصى[٢] له بالنجم الأول فرد[٣] الوارث فإن خرجت قيمته من قيمة باقى الكتابة من الثلث، جاز ذلك على الوارث، [و][٤] وضع النجم بعينه، وإلّا عتق منه محمله، ووضع عنه بقدر ما يحمل الثلث، فإن عجز عتق منه بقدر ذلك، ولا يخير الوارث فى ذلك؛ لقدرتهم على منع سائر الكتابة، ويجبر[٥].

قال مالك: وإن وهب الصحيح نصف الكتابة فعجز[٦] فله نصف الرقبة فى البيع، وكذلك بقية الأجزاء.

وقال ابن القاسم: بل جميع الرقبة للواهب، كهبة ذلك للمكاتب.

قال ابن القاسم: إن وهبه نجمًا شاركه فى النجوم كلها بقدر ذلك كبيعه، فإنه يكون للمشترى خمس كل نجم إن كانت خمسة، وإن عجز فله من الرقبة الخمس.

قال محمد: كان ذلك فى صحة السيد أم لا.

وإن وهبه نجمًا بعينه فى صحته، فلا يكون له شيء من الرقبة وإن عجز؛ لأنه وهبه مالًا.

قال محمد: وإن أوصى بنجم بعينه لرجل فعجز، فله حصته من الرقبة.

والفرق بين الصحة والوصية: أنه فى الوصية أشرك بينه وبين الورثة على قدر ما أوصى له من نفسه، أو لرجل، وليس أحدهما أولى من الآخر، والصحيح إنما أعطى مالًا، فإن اقتضى الموصى له ذلك النجم المعين أو بعضه، ثم عجز، وقيمته من بقية النجوم نصف الكتابة، فله نصف رقبة العبد، ولا يرد مما أخذ شيئًا؛ قاله أشهب.

وقال ابن القاسم: إن رد ما أخذ العبد رجع نصيبه فى رقبة العبد، وإن لم يرد كان العبد للورثة.

---

(١) فى ط: الربع.
(٢) فى ط: أدى.
(٣) فى ط: فسخ.
(٤) سقط فى ط.
(٥) فى ط: يخير.

قال: والأول هو الصواب.

وإن لم يقبض الموصى له النجم حتى مات المكاتب وترك مالًا كثيرًا، أخذ صاحب النجم نجمه، والورثة نجومهم على عدد المال، لا على عدد القيمة؛ لأن النجوم قد حلت بموته، واستوى المتقدم والمتأخر، فما فضل بعد ذلك بين الورثة وبين صاحب النجم نصفين بقدر ما كان يقع له من رقبة العبد لو عجز.

وإن لم يترك ما يفى بالكتابة حاص الموصى له الوارث فى ذلك بالعدد، لا قيم الأنجم.

قال ابن القاسم: إن قال الوارث: أدفع لك نجمًا كما أوصى لك به، وامتنع الموصى له، لعله يعجز فيكون له فى الرقبة حق، قدم الموصى له إن لم يحل النجم، وإلا قدم الوارث.

قال محمد: إن أوصى بالنجم الأول [الرجل](١)، ثم بالثانى لآخر، وخرج المكاتب من الثلث [و](٢)عجز، فللأول من رقبته بقدر فضل قيمة نجمه على الثانى، وللثانى بقدر قيمة نجمه، فإن قبض الأول نجمه، ثم عجز قبل قبض الثانى، فرقبته بينهما على ما تقدم، والأول(٣) ما قبض(٤)، ولا يرجع عليه الثانى بشىء.

وإن كان ثم نجم ثالث للورثة فقبض صاحبا النجمين نجميهما(٥)، ثم عجز، فالعبد بينهما وبين الورثة على قدر قيمة النجم الأول والثانى، ولا يرجع الورثة عليهما بشىء.

وعن ابن القاسم: إن ردا ما أخذا للمكاتب رجعا فيه بأنصبائهما، وإلا فنصيبهما(٦) منه للورثة.

قال: والصواب ما تقدم.

فإن أوصى بالنجم الأخير قبل أن يتأدى(٧) من الكتابة شىء، فأخذ الورثة نجومهم

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: والأول.
(٤) فى ط: أقبض.
(٥) فى ط: نجميه.
(٦) فى ط: فنصيبه.
(٧) فى ط: ينادى.

وسلموا المكاتب للموصى له فعجز، فرقبته له وللورثة بقدر قيمة نجمه من قيمة نجومهم، لأنهم كانوا له فيه شركاء، بخلاف أن لو كان السيد أخذ نجومًا إلّا النجم الآخر، فينفرد[1] به فعجز، فالرقبة[2] كلها لهم، وكأنه أوصى له بجميع الكتابة إذا كان ما بقى عليه لم يعتق لأجله، ولا شركة لأحد فيه.

فرع:

فى الكتاب: إذا أدى كتابته فى مرضه جازت وصيته فى ثلث ما بقى من ماله، وإن مات قبل دفعها، أو أمر بدفعها فلم تصل إليك حتى مات، فلا وصية له.

قال ابن يونس: قال أبو عمران: إن بعث بها لسيده فى مرضه فلم يقبلها حين وصولها، لا يعتق حتى يقضى بذلك، إلّا أن يكون بموضع لا حاكم فيه، فتكون الشهادة عليه كالحكم.

فرع:

إذا كوتب وقد ولدت أمته قبل ذلك لم تكن بذلك أم ولد، أو بعد ذلك، فهى أم ولد، ولا يبيعها إلّا أن يخاف العجز.

قال ربيعة: أو لعدمه لدين عليه.

قال ربيعة: وإن مات حديثًا مديانًا، فأم ولده فى دينه، وأولاده منها رق لك.

قال ابن القاسم: و [لك][3] شراء زوجته الحامل منه، ولا يمنعه؛ لأنه إن ابتاعها بغير إذنك لم يدخل جنينها معها فى الكتابة، ولا تكون هى أم ولد، وإن ابتاعها بإذنك دخل حملها فى الكتابة، وكانت به أم ولد.

وإن مات وترك أم ولد وولدا منها أو من غيرها، ولم يدع مالًا سعت مع الولد، وسعت عليه[4] إن لم يقو، وقويت وكانت مأمونة عليه.

وإن ترك أم ولد وولدًا[5] منها حدث فى الكتابة فخشى الولد العجز، فلهم بيعها، وإن كانت أمهم.

---

(١) فى ط: فينقد.
(٢) فى ط: والرقبة.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: عليهم.
(٥) فى ط: ترك أم ولدًا.

وإن كان للأب أمهات أولاد سواها فخشى الولد العجز، فلهم بيع من فيها نجاتهم، كانت أمهم أو غيرها.

قال ابن القاسم: وأرى ألا يبيع أمه إن كان فى بيع غيرها ما يعينه.

قال ابن يونس: إن خاف المكاتب العجز فباع أم ولده حاملًا منه، فولدت عند المشترى، فإن كان المكاتب بحاله لم يعتق، ولم يعجز، رد بيعها لتعتق بعتقه، أو يعجز فيبيعها[1] دون ولدها، وإن كان الأب قد عتق بأدائه، أو عجز فرق، مضى البيع بالقيمة، على أن جنينها مستثنى، ورد الجنين، فكان بحال أبيه من عتق أو رق.

فإن لم يعثر على ذلك حتى أعتقها المبتاع وولدها، فسواء عجز الأب أو أدى أو بقى على كتابته، يمضى العتق فى الأمة، وعليه قيمتها، على أن جنينها مستثنى، فيرد عتق الولد، وسبيله سبيل أبيه من عتق أو رق أو كتابة، وليس كمن باع مكاتبه فأعتقه المبتاع؛ لأن هذا باعه غير سيده.

قال اللخمى: هل[2] أم ولد[3] المكاتب بمنزلتها قبل ولادتها فيبيعها اختيارًا فى الكتابة، وبعد عتقه، أو كأمهات أولاده: لا يبيعها[4] إن كانت فى الكتابة إلّا أن يخاف العجز، وإن أدى كتابته وهى عنده عتقت بموته إن حملت بعد الكتابة؟ قولان لمالك، مراعاة لعقد الحرية.

وإن وقعت الولادة قبل الكتابة لم تكن أم ولد، قولًا واحدًا.

و[5] يختلف إذا كانت الكتابة وهى حامل؛ قياسًا على الحر يشترى الأمة وهى حامل منه فيرق[6].

فرع: فى الكتاب: إن مات وترك ما فيه وفاء الكتابة، وترك أم ولد وولدًا منها أو من غيرها، عتقت مع الولد فيه؛ لأنه بالأداء يعتق، فترتب أحكام الحرية.

وكذلك إن ترك معه فى الكتابة أجنبى وترك مالًا فيه وفاء بالكتابة، فإن كتابته تحل بموته، ويتعجلها السيد من ماله، ويعتق من معه، وليس لمن معه -أجنبيًا أو ولدًا-

---

(١) فى ط: فيتبعها.
(٢) فى ط: هذا.
(٣) فى ط: الولد.
(٤) فى ط: يبيعه إلا.
(٥) فى ط: أو.
(٦) فى ط: فرق.

أخذ المال، وأداؤه على النجوم، إن كان فيه وفاء الكتابة؛ لما فيه من الغرر، فإن لم يف بالكتابة فلولده والذين معه أخذه إن كانت لهم أمانة وقوة على السعى، ويؤدون نجومًا.

قال سليمان بن يسار: فإن لم يكن الولد مأمونا لم يدفع له المال(١).

قال ابن القاسم: ولا يدفع المال لغير الولد، ويتعجله السيد؛ لأن ولد المكاتب عضو منه بمنزلته، بخلاف غيره، والكتابة كالدين، وصاحب الدين أولى بالتركة.

[و](٢) إذا تعجله السيد سعوا فى البقية، فإن أدوا عتقوا، ويتبع السيد الأجنبى بحصة ما أدى عنه من مال الميت، ويحاص به غرماءه بعد عتقه، وليس كالمعتق، على أن عليه مالًا بعد العتق.

وقال ربيعة: لا يدفع المال لولد ولا غيره، وإن كانوا ذوى قوة وأمانة؛ لأنه ليس لهم أصله، ولا يؤمن عليه التلف، ويتعجله السيد، ويحاصهم به من آخر كتابتهم، وإن كانوا صغارا لا قوة فيهم على السعى فهم رقيق، وذلك المال للسيد.

وإن ترك أم ولد ولا ولد معها ومالًا يوفى الكتابة، فهى والمال ملك للسيد، لأنه مات رقيقًا.

قال ربيعة: وكذلك إن ترك ولدًا فمات الولد.

قال ابن القاسم: وإن ترك ولدًا أحدث فى كتابته ومالًا يوفى بالكتابة ويفضل، أخذ السيد الكتابة، ويرث الفضل من معه فى الكتابة على فرائض الله -تعالى- لأنهم ساووه فى أحكامه بعقد الكتابة، ولا يرثه ولده الأحرار الذين ليسوا معه فى كتابته، ولا زوجته وإن كوتبت معه، ولا يكون للسيد ما فضل إلّا أن يكون الولد ابنًا أو بنتًا، فالباقى له دون أحرار ورثة(٣) المكاتب؛ لحصول المخالفة فى الرق والحرية عند الموت.

وإن لم يكن معه فى الكتابة أحد أو ترك أجنبيًا ووفاء(٤) الكتابة، تعجلها السيد، والفضل له دون ورثة المكاتب الأحرار، وإن كان مع الأجنبى ولد فى الكتابة، اتبعه

---

(١) فى ط: مال.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: ورثت.
(٤) فى ط: ووفى.

الولد بما أدى عنه دون السيد، وورث السيد بقية المال.

وإن ترك ابنتيه وابن ابن معهما فى الكتابة، وترك[1] فضلا عن كتابته، فللابنتين من الفضل الثلثان[2]، ولابن الابن ما بقى.

وإنما يرث المكاتب من معه فى الكتابة من القرابة: الولد وولد الولد والأبوان، والجدود، والإخوة دون أحرار ولده، ولا يرثه غيرهم من عم، وابن عم وغيرهم من العصبة، ولا زوجة، وإن كانوا معه فى الكتابة.

وضابطهم: من أدى عنهم لم يرجع عليه إلّا الزوجة فإنها لا ترثه، ولا يرجع عليها من يرثها، ولا السيد، ويرجعون على كل من كان هو يرجع عليه إلّا الزوجة.

وإن هلك أحد الأخوين فى كتابته وترك فضلًا فللأخ دون السيد، ولا يرجع السيد على الأخ بما أدى عنه من مال أخيه. [و][3] لو ترك الميت ولدًا، فأدى الولد من ذلك المال جميع الكتابة، لم يرجع عليه.

وإذا مات المكاتب بعد موت سيده، وترك وفاء الكتابة، ولم يدع ولدًا فلورثة السيد، يدخل فيه بناته وأمهاته وزوجاته وغيرهن؛ لأنه موروث بالرق دون الولاء.

وإن هلك أحد الأخوين وترك أم ولد لا ولد معها، فهى[4] رقيق، إلّا أن يدع ولدًا منها أو من غيرها، كاتب عليهم أو حدثوا فى الكتابة، فلا ترق إلّا أن يعجز الولد ولا تقوى هى على السعى عليهم، أو يموت الولد قبل الأداء.

وإن كان معه فى الكتابة ولد، فمات ولده عن أم ولد لا ولد معها، رقت للأب، وإن كثر ما ترك إلّا أن يترك ولدًا كما تقدم.

وإن كاتبته[5]، ثم كاتبت امرأته كتابة على حدة، فحدث بينهما ولد، فهو فى كتابة الأم يعتق بعتقها لا بعتق الأب ونفقتهم عليها.

ووافقنا (ح) على أنه إذا مات وخلف وفاء لم يمت على الرق وورث[6]، ويقول:

---

(١) فى ط: تارك.
(٢) فى ط: الثلاث.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: فهو.
(٥) فى ط: كاتبه.
(٦) فى ط: ووارث.

مات حرًا مكاتبًا، [و][(١)] نحن نقول: مات مكاتبًا.

وقال (ش): مات عبدًا، ولا يورث.

لنا: قوله -تعالى-: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ﴾ [النساء:١١] فحكم -تعالى- ببقاء دين الميت بعد موته، وأوجب قضاءه من ماله، فالكتابة دين، ويرث الفضل ورثته لا بآى المواريث.

ولأن المساواة إذا حصلت فى الرق والحرية والدين وجب الإرث، وهو ههنا موجود؛ لأنهم ساووه فى عقد الحرية، ويفارق العبد بأنه أحرز نفسه وماله، فتقرر ملكه، وله عقد حرية، ولم يلحق بالحر؛ لأنه قد يعجز فلا يرثه الحر ولا السيد[(٢)].

ولأنه عقد معاوضة فلا يبطل بالموت كالبيع، ويفارق النكاح؛ لأنه لا يصح إلّا بشرط العوض، والنكاح يصح تفويضًا، وكالعتق على مال لا يبطل بموت العبيد.

ولأنه أحد المتعاقدين فلا يبطل العقد بموته كالسيد، طردًا للباب كالبيع، ولا يشكل بموته مفلسًا، لأن المبطل العجز لا الموت.

احتجوا: بأن الموت يبطل الشرط، كما لو جعل الشرط دخول الدار؛ هذا عمدتهم.

ولأن الموت يبطل سبب الاستيلاد، وهو أقوى؛ لتعذر إبطاله، فالكتابة أولى؛ لأنها تبطل بالعجز.

ولأنه مات عندكم مكاتبًا وأولاده[(٣)] عتقوا بالأداء، فلا مساواة؛ فلا إرث.

أو مات حرًا فيرثه الأحرار كلهم، أو تقولون عتق بالأداء فيلزمكم عتق الموتى، وهو خلاف الإجماع.

والجواب عن الأول: أن عقد الكتابة يشمل الولد[(٤)] الحادث فى الكتابة، ويعتق بعتق أبيه، كاتب عليه أو حدث فيها، فإذا مات الوالد بقى حق الولد، كما لو قال له ولولده: إذا أديتم ألف درهم فأنتم أحرار، فمات أحد[(٥)] منهم، ثم أدى الباقون الألف، فإنهم يعتقون، ولا يبطل حقهم بموت بعضهم.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى ط: العبيد.
(٣) فى ط: وأولادًا.
(٤) فى ط: ليس للولد.
(٥) فى ط: فما أحد.

وعن الثانى: أن حكم أم الولد إذا ماتت قبل السيد ما كان، ويعتق بموت سيده، وكذلك ولد المدبر.

وعن الثالث: أنه مات مكاتبًا لا حرًا، ولا قنا، فعدم خلوصه للحرية يمنع ورثته الأحرار، وعدم خلوص الرق يمنع وراثة السيد؛ فلم يبق إلّا أولاده الذين معه فى الكتابة، فالمكاتب أصل فى نفسه كأم الولد: لا حرة فتجب ديتها، ولا أمة فيجوز بيعها، وتجوز إجارتها كالنكاح، لا بيع ولا إجارة، وكالنكاح الفاسد فيه شبه الصحيح فى لحوق النسب وسقوط الحد، وشبه الزنا فى امتناع الطلاق والميراث، وهذه قاعدة متى كان للفرع أصل واحد لحق به، ومتى كان بين أصلين فأكثر يختلف العلماء بأيهما يلحق، وأيهما أرجح، ونظائره كثيرة فى الشرع، فالمكاتب كذلك، فلا حجة فيه، وهذه الطريقة ناظر بها القاضى إسماعيل محمد بن الحسن.

فإن قالوا: لا يصح عقد الكتابة بعد الموت؛ فلا يصح بقاؤها كالنكاح وغيره.

قلنا: قد يخالف الابتداء: كالعدة والإحرام، لا تبقى المرأة معتدة بعد موتها، ولا محرمة، ولا معتكفة، وتبقى زوجة، وحرة، ومؤمنة، وابنة وغير ذلك من القرابات مع أنها أمور لا يصح ابتداؤها بعد الموت، فالأوصاف ثلاثة أقسام:

ما لا يثبت إلّا بعد الموت، نحو كونه موروثًا.

و [ما][1] لا يثبت إلّا قبل الموت: كالعدة والإحرام.

وما يقبل الأمرين: كالحرية والقرابات.

وإذا اختلفت الأحوال فليس قياسكم على أحدها[2] بأولى من الآخر.

ويلزم (ح) فى قوله: إذا خلف وفاء أنه مات حرًا، أن يكمل ديته، ولما لم يقل إلّا بالقيمة بطلت الحرية.

تفريع:

قال ابن يونس: قال محمد: إذا كان معه أب أو أخ فى الكتابة، وترك أم ولد لا ولد معها، قال ابن القاسم: رقت للأب أو الأخ.

وعن ابن القاسم: إن مات عن أم ولد منها أو من غيرها، وترك مالًا عتقوا به، ولا يرجعون عليها بشىء.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: أحدهما.

وإن لم يترك مالًا فسعوا لهم عتقت[١] بأدائهم كانوا ولدها أم لا، ولا يرجعون عليها.

قال مالك: إن ترك ولدًا لا سعاية فيه، ولم يترك مالًا رق، إلّا أن يكون فيما ترك ما يؤدى على النجوم إلى أن يبلغ السعى، أو يترك ولدًا ممن[٢] يسعى، فيدفع[٣] المال إليهم، فإن لم يقووا ومعهم أم ولد للأب دفع إليها المال، إن لم يكن فيه وفاء وهى مأمونة قوية على السعى، وإلّا فإن كان فى المال مع ثمنها إن بيعت كفاف الكتابة، بيعت وردت الكتابة، وعتق الولد، أو يكون فى ثمنها ما يؤدى إلى بلوغ الولد السعى، فإن لم يكن ذلك رقوا جميعًا.

وقال أشهب: إذا مات وترك مالًا يدفع للولد وغيره من قريب أو أجنبى فى كتابة واحدة إن كانوا مأمونين، وليس ذلك كالدين الثابت يحل بالموت، وهم كانوا يرتقبون بالموت ماله، فأخذه[٤] يضعفهم.

وإن لم يكونوا مأمونين لم يتعجله السيد أيضًا، ويدفع لأمين يؤديه إلى السيد على أداء النجوم.

قال محمد: فإن ارتد وقتل على ردته ومعه فى الكتابة ولده وأم ولده، وترك وفاء الكتابة وفضلة- عتق بذلك ولده، والفاضل للسيد، ولا يرثه الولد؛ لاختلاف الدين، ولا يرجع السيد عليهم بشىء من مال الأب؛ لأن الأب لا يرجع، ويرجع على الأجنبيين، لأن السيد ورثه بالرق.

واختلف قول مالك فيمن لا يرجع عليه المكاتب من قرابته إذا أدى[٥] عنه:

فعنه: لا يتبع كل ذى رحم منه.

وعنه: كل ذى رحم يتوارثون بها.

وعنه: يختص ذلك بالولد، والإخوة، والوالد.

ومنشأ الخلاف: من هو الذى يعتق عليه إذا ملكه.

واختلف فيمن يرثه ممن معه فى الكتابة:

---

(١) فى ط: فعتقت.
(٢) فى ط: فيمن.
(٣) فى ط: فدفع.
(٤) فى ط: فأخوه.
(٥) فى ط: ادعى.

فقيل: لا يرثه إلّا من يعتق على الحر؛ قاله ابن القاسم.

وعنه: من يرث[1] الحر من عم وغيره من نساء أو رجال.

وقول مالك الأول: إن امرأته ترثه، ورجع إلى أنها لا ترثه، وتعتق فيما ترك، ولا تتبع بشىء[2] استحسانًا، كمن فدى زوجته من العدو وهو يعرفها فلا يرجع عليها، لأنه فدى منافعه.

وقال عبد الملك: لا ترثه ولا يرثها ولا يرجع أحدهما على الآخر.

وقال ابن نافع: لا يرث المكاتب أحد إلّا الولد.

قال ابن القاسم: إن لم يكن مع الأجنبى ولد، ولا ولد للميت اتبعه السيد بجميع ما أخذ من باقى الكتابة من مال الميت، يحط عنه بموت الميت شىء، ويتأدى[3] منه على النجوم إن كان قبضها هو قبل محلها.

فإن كان معه ولد لم يتبعه إلّا بنصف ما أدى من مال أبيه إن كانت الكتابة بينهما نصفين؛ لأنه الذى كان يتبعه به أبوه.

قال عبد الملك: إن مات أحدهم لم يسقط عن الباقين شىء، وإن استحق أحدهم سقط عن الباقين حصته[4] على العدد: فإن[5] كانوا أربعة، سقط ربع الكتابة، وفيه خلاف.

قال اللخمى: إن مات عن مال لا وفاء فيه، ففى سعى من معه ثلاثة أقوال:

قول ابن القاسم المتقدم.

وقال أشهب: يسعى من معه وإن كان أخًا أو أجنبيًا.

وقال ربيعة: السيد أحق به من الولد وغيره.

وإذا كان السيد أخذه على قول مالك إذا لم يترك ولدًا فيختلف: هل يحسب لهم ذلك من آخر كتابتهم؟

قال ابن القاسم: يحسب من أولها، وهو الذى لا [أختار، لا من][6] آخرها ولا من

---

(١) فى ط: بمن يورث.
(٢) فى ط: يتبع لشىء.
(٣) فى ط: يتمادى.
(٤) فى ط: جهته.
(٥) فى ط: فإن.
(٦) فى ط: لا اختار.

وسطها، وإنما ينظر إلى المتروك إن كان هو الذى ينوبه من الكتابة أخذه عن الميت، وعلى الحى السعى فيما عليه مما ينوبه من الكتابة، فإن عجز فلا يعجل عليه بفسخ الكتابة، ويحاسبه بما تركه الميت كما لو كان حيا يعجز عما ينوبه أخذ من يد صاحبه ذلك النجم، وأدى عنهما.

وإن لم يكن فيما تركه وفاء بما ينوبه سعى هذا فيما ينوبه وحوسب السيد بما خلفه عن أول نجومه، فإذا ذهب من النجوم ما يقابل ما خلف أخذ حينئذ الحى بالأداء عنه.

وإن كان فيما خلفه فضل عما ينوبه، سعى هذا الباقى خاصة، لأنه لو خلف وفاء عتق فيه، ومن حق السيد أن يبدأ بما ينوبه، فإذا لم يبق إلا ما يوفى به الثانى، فما خلفه الميت مما ينوبه عتق؛ لأن الحمالة وإن حلت بالموت، فإن التعجيل والأخذ بها من حق السيد فله أن يقول: إنما آخذ مما ينوبك الآن، ولا آخذ ما خلفه الميت عن الميت، إلّا أن تعجز.

واختلف إذا قتل بالردة:

قال ابن القاسم: يعتق الولد فيه، ولا يتبع بما ينوبه.

وعنه: سعى الولد فيما عليه، ولا يعتق فيما ترك أبوه.

فرع:

قال ابن القصار: إذا زوج المولى بنته بمكاتبه صح النكاح، فإن مات المولى وورثته ابنته انفسخ نكاحها، وقاله (ش).

وقال (ح): لا ينفسخ.

لنا: الملك يمنع ابتداء النكاح، فيمنع استدامته، فلو أرادت أن تتزوج عبدها، امتنع إجماعًا، أو اشترت زوجها انفسخ نكاحها.

احتجوا: بأن المنتقل إليها مال فى ذمة المكاتب، لا رقبته، وثبوت[1] حقها فى ذمته لا يبطل نكاحها.

ولأنه مكاتب أبيها دونها، لأن الولاء يثبت له دونها.

ولأن رقبة المكاتب لا تقبل الملك، لأنه ثبت له حق الحرية، فيمنع انتقال الملك؛ بدليل تعذر بيعه.

---

(١) فى ط: وينوب.

والجواب عن الأول: أن المنتقل ما كان للميت، والمكاتب مملوك ما بقى عليه شيء لسيده، فينتقل الملك للوارث.

وعن الثانى: لو عجز لرق للوارث؛ فدل على أن ما كان للسيد انتقل للوارث؛ ألا ترى أن المرأة لا تتزوج بمكاتبها، فإذا ماتت انتقل ما كان لها لابنتها، فيمتنع أن تتزوجه ابنتها، وإن كان الولاء لأمها.

ويلزمكم أن تبتدئ ابنة السيد بعد موته نكاح مكاتب أبيها، لأنه ليس مكاتبًا لها، ولما منع الابتداء منع الاستدامة.

وعن الثالث: أنا نمنع أنه لا يقبل الملك.

سلمناه: لكن ينتقل للوارث ما كان للموروث، والسيدة المكاتبة لا تنكح مكاتبها، فينتقل ذلك لابنتها، وابنة المكاتب كابنة[1] المكاتبة.

فرع: قال البصرى فى تعليقه: إذا أدى فى الكتابة الفاسدة عتق، وقاله الأئمة خلافًا لأهل الظاهر؛ لقوله -تعالى-: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وإذا أبطلا الكتابة الفاسدة دون الحاكم[2] جاز، وقاله (ش).

وقال (ح): لا تبطل إلّا بالحاكم[3].

لنا: أن لهما إبطال صحيحة، فلهما إبطال فاسده، كسائر العقود؛ لأنه عقد لا يحتاج إلى اجتهاد، فلا يحتاج إلى الحكم كالإجارة.

نظائر:

قال صاحب الخصال: سبع خصال ليس للمكاتب أن يفعلها بغير إذن سيده: الزواج، والعتق، والهبة، والصدقة، والإقرار بجناية الخطأ، أو بجناية فى رقبته، والسفر البعيد يحل عليه نجم فيه، فإن لم يرد السيد عتقه ولا هبته ولا صدقته حتى عتق نفذ[4] ذلك والتى له أن يفعلها بغير إذنه تسعة: البيع، والشراء، والشركة، والقراض، ومكاتبة عبده، وأن يأمر من يعقد النكاح على إمائه وعبيده ابتغاء الفضل فى ذلك كله، والسفر القريب لا يحل فيه نجم، ولا كلفة على السيد فيه، والإقرار

---

(١) فى ط: كاتبه.
(٢) فى ط: الحكم.
(٣) فى ط: بالحكم.
(٤) فى ط: بعد.

بالدين، وإسقاط شفعة واجبة له.

فرع: فى المنتقى: إذا كاتبهما بعقد واحد فحنث فى أحدهما بيمين لزمته قبل الكتابة لا يتعجل عتقه، فإن عجز عتق بالحنث؛ لأن عتقه يعجز صاحبه، وإذا عتق بالأداء لا يرجع على سيده بما أداه عن نفسه؛ قاله أصبغ.

فرع: قال: إذا وجب عليه عقل جرح أدى ذلك العقل قبل الكتابة، فإن عجز[١] عنه خير سيده بين أداء العقل، ورق المكاتب، أو يسلم[٢] العبد.

وقبل عجزه عنه هو على كتابته. فإن كاتبه جماعة فجرح[٣] أحدهم أجنبيًا أدوا جميعًا العقل، وثبتوا على كتابتهم، وإن لم يؤدوا فقد عجزوا، ويخير السيد حينئذ فى دفع العقل ويسترقهم، أو يسلم الجانى وحده، ويرجع الآخرون عبيدًا له؛ لأن العقل مقدم على ملك العبد؛ لأنه مقدم على الملك قبل الكتابة، ويخير السيد فى إسلامه، فبعد الكتابة أولى؛ لأنها لا تستقر[٤] إلّا بالأداء.

فإن عجز الجانى عن أداء العقل فأداه الآخر خوفًا من الرق، ثم عتقا بسعايتهما، فإنه يتبعه بأرش الجناية الذى أدى عنه إن كان مما لا يعتق عليه بالملك كالكتابة.

فإن جنى أحدهما على الآخر خطأ وهما أجنبيان عقل الجانى جنايته، وبقيا على كتابتهما، ويحتسب بذلك لهما مما عليهما من آخر نجومهما[٥]، ويتبع المجروح الجارح[٦]، بنصف عقل الجرح إن استويا فى الكتابة، وإلا رجع عليه بقدر ما ينوب الجارح؛ لأن أرش الجرح تأدى عنهما، وعتقا به.

فإن عجز الجارح عن أداء العقل، فأدى المجروح الأرش كله؛ خوفًا أن يرق بالعجز، فكأنهما أديا الكتابة، ويبقى أرش الجناية على الجانى، وهذا إن أديا عنه بعض الجناية، أما إن أديا جميعًا فيرجع عليه بالأرش كله.

فإن كان الجانى أخًا للمجنى عليه أو ممن يعتق [عليه]، لم يرجع عليه بشىء؛ قاله ابن القاسم.

---

(١) فى ط: عجزه.
(٢) فى ط: أسلم.
(٣) فى ط: فخرج.
(٤) فى ط: تنظر.
(٥) فى ط: عليهم من آخر نجومهم.
(٦) فى ط: الخارج.

ولو جنى أحد الأخوين على الأجنبى، فأدى الثانى أرش الجناية خوف العجز، بعجز أخيه رجع[1] على أخيه.

والفرق: أنه مال أُدِّى للأجنبى[2] لا فى شىء مما يعتقان به.

وإن جنى أحدهما على صاحبه، فأدى المجنى عليه لم يرجع عليه؛ لأنهما يعتقان به.

وعن ابن القاسم: إذا رجع عن الرجوع على أخيه فى حياته الأجنبى؛ لأنه افتك به من الملك، كما لو اشتراه وهو مكاتب لعتق عليه ولم يتبعه.

فإن جرح[3] المكاتب ولده الذى معه فى الكتابة فعقلهم عقل العبيد، ويحسب لهم فى آخر الكتابة، لأنهم أحرزوا أنفسهم فيحاسبهم بما أخذ من عقلهم، فإن زاد العقل على الكتابة أو[4] ما بقى منها أخذ السيد الكتابة، [و][5]عتق العبد، والفضل للمكاتب، ولا يدفع للمكاتب عقل يستهلكه، فيعجز فيرجع لسيده أعور أو مقطوع اليد.

فرع:

قال: إذا كوتب على نفسه وعلى أم ولده حرم عليه وطؤها؛ لأنه[6] بالكتابة أخرجها عن ملكه[7] لسيده فإن مات فلها أن تسعى، وإن لم يمت وعتقت[8] بالأداء، لم يكن له عليها سبيل، وولاؤها لسيد المكاتب؛ قاله ابن القاسم.

فرع:

قال: قال مالك: للمكاتب تعجيل ما عليه، وليس لك الامتناع، كتعجيل الدين، وإن كان مريضًا وأراد ذلك ليرثه ورثته الأحرار، وتتم شهادته، ويصح إقراره، فليس لك الامتناع من ذلك، ويقول مريض لماله: إذا عقل كتابته فى الصحة وثبتت: الدفع لك بينة إما بإقرار السيد فى مرضه، وقال ابن القاسم: إن حمله الثلث جاء تهمة أم

---

(١) فى ط: فعجز أخيه راجع.
(٢) فى ط: الأجنبى.
(٣) فى ط: خرج.
(٤) فى ط: و.
(٥) سقط فى ط.
(٦) فى ط: كأنه.
(٧) فى ط: ملكها.
(٨) فى ط: عتقها.

لا، وإن لم يحمله الثلث وورثك ولد، نفذ إقرارك، وإن لم يكن لك لم يقبل قولك إلّا ببينة؛ قاله ابن القاسم.

وقال أشهب: إن لم تتهم بانقطاع المكاتب إليك جاز كالأجنبى.

فرع:

قال: إن أعتق بعض مكاتبه: قال مالك: هو وصية إلّا أن يريد العتق، فهو حر كله، والوصية بعتق بعضه، أو هو بينه وبين آخر، إلّا أن يريد العتق فهو حر، وأعتق عند موته، أو وضع ذلك من كتابته فهو عتق ينفذ من الثلث، وإن عجز العبد بعد ذلك، وإن وضع بعض كتابته، ثم عجز عن الباقى، رق جميعه.

فرع:

قال: إذا عتق مكاتب بالأداء، والمكاتب الأعلى لم يؤد، فمات الأسفل ورثه أقرب الناس للأعلى لمانع الرق فى الأعلى.

فرع: قال: إذا تزوج بغير إذن سيده، فأجازه السيد جاز، وإن فسخه فللزوجة ثلاثة دراهم.

وإن أذن له ومعه غيره فى الكتابة، قال أشهب: ليس للسيد ذلك إلّا بإجازة من معه فى الكتابة إلّا أن يكونوا صغارًا فيفسخ بكل حال.

فرع:

قال: قال مالك: إذا أجاز سيده عتقه: فالولاء للمكاتب إن عتق[1]، وإن مات قبل العتق فالولاء للسيد، وإن مات المعتق قبل عتق المكاتب ورثه سيد المكاتب، وكذلك مكاتب المكاتب.

فرع:

قال: قال مالك: إن مات رجل وترك مكاتبًا وبنين وبنات، فأعتق أحد البنين نصيبه لم يثبت بذلك من الولاء شيئًا، وإن عجز المكاتب لم يقوّم على المعتق؛ لأن عتقه ليس عتاقة، بل إسقاط مال، ومن السنة أن من أعتق شركًا له فى مكاتب لم يقوم عليه، إنما الولاء لمن يعقد الكتابة، ولا ولاء لبنت السيد، وإن أعتقت نصيبها من المكاتب، بل للرجال.

(١) فى ط: عتقه.

فرع:

قال: قال مالك: إن أوصى رجل لك بربع مكاتبه، وأعتق ربعه فهلك الرجل، ثم المكاتب، وترك أكثر مما عليه، فلورثة السيد ولك ما بقى لكم على المكاتب، ولك ثلث الفضل، ولهم الثلثان؛ لأنه إنما ورث بالرق، والذى للورثة ربعان، وللموصى له ربع.

فرع:

فى الجواهر: إذا قبض العبد الموصوف الذى كاتب عليه فوجده معيبًا، اتبعه بمثله، أو كاتبه عليه بعينه، رجع بقيمته، ولا يرد عتقه.

فرع:

قال: إذا قال السيد: إن عجلت بعض النجوم أبرأتك من الباقى، فعجل برئ وعتق.

فرع:

قال: لتعذر النجوم أربعة أسباب:

الأول: العجز عنها أو نجم واحد، فيرق[1] بعد تلوم الإمام له بعد الأجل.

الثانى: الغيبة بغير إذن السيد وقت الحلول، فله الفسخ عند الإمام.

وكذلك إن شرط عليه أنك إن عجزت عن نجم فأنت رق، لا يرق إلّا بالسلطان، والشرط فى ذلك باطل.

الثالث: الامتناع مع القدرة، فيؤخذ من ماله، ولا يفسخ.

الرابع: الموت، فينفسخ إلّا أن يكون معه من يقوم بها من ولد دخل معه بالشرط، أو بمقتضى العقد.

فرع:

قال: إذا ادعى أنه أدى للشريكين[2] النجوم فصدقه أحدهما وكذبه الآخر وحلف، فله مشاركة المصدق فيما أقر بقبضه، وله مطالبة المكاتب بتمام نصيبه، ولا تراجع بين المصدق والمكاتب؛ لما أخذه المكاتب من أحدهما؛ لأن موجب

---

(١) فى ط: فيفرق.

(٢) فى ط: الشريكين.

قولهما: أنه ظالم.

وتثبت دعوى الأداء بشاهد وامرأتين؛ لأنه مال، ولا تثبت الكتابة، ولكن قبض النجم الأخير، ويتعلق به العتق، كما تقدم فى كتاب الأقضية.

فرع: قال: مات المكاتب وله ولد من معتقة[(١)]، فقال السيد: عتق قبل الموت، [وجرَّ إليَّ ولاء ولده، صدقت موالى الأم][(٢)]، لأن الأصل: بقاء الولاء لهم.

فرع: قال: لا يكفر المكاتب إلّا بالصيام، وإن اشترى من يعتق على سيده صح، فإن عجز رجع للسيد وعتق عليه.

فرع: فى الجلاب: لا يبتاع ولده إلّا بإذن سيده، وإن ابتاعه بغير إذن سيده لم يدخل فى كتابته، وإن ابتاع غير[(٣)] الولد من الأقارب، بإذن[(٤)] سيده لم يدخل فى كتابته؛ قاله ابن عبد الحكم.

وقال ابن القاسم: يدخل كل من يعتق عليه[(٥)] إذا ابتاعه بإذن سيده.

قال سحنون: إذا كان مع المكاتب غيره لم يدخل الولد معه.

وعن مالك فى المستخرجة: لا يدخل معه إذا اشتراه بإذن سيده إلّا الولد؛ لأن له استحداث الولد بالوطء.

* * *

(١) فى ط: وجرى إلى ولد ولدى، صدقت الأم.
(٢) فى ط: عتق.
(٣) فى ط: فإذن.
(٤) فى ط: على.

كتاب أمهات الأولاد

والنظر فيما تصير الأمة به فراشًا، وبما تكون به أم ولد، وفى الاستلحاق، وأحكام أمهات الأولاد.

فهذه أربعة أنظار: النظر الأول: فيما تصير به الأمة فراشًا.

الفراش معناه: أن المرأة صارت بحيث يلحق بك ولدها، ولذلك سببان: العقد فى الحرة مع إمكان الوطء عادةً، والوطء فى الأمة.

والأصل فى ذلك: قوله -عليه السلام-: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[1] خرجه مسلم وغيره.

وفى الموطأ: قال عمر بن الخطاب: «أيما وليدة ولدت من سيدها فإنه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها، ويستمتع بها، فإذا مات فهى حرة».

وعنه: «لا تأتينى[2] وليدة يعترف سيدها أنه أصابها إلّا ألحقت به ولدها».

وفيه خمسة فروع:

الأول: فى الكتاب: إذا أقر بوطئها ولم يدع استبراء، لزمه ما أتت به من ولد الأقصى ما تلد له النساء، إلّا أن يدعى الاستبراء بحيضة لم يطأ بعدها، وينفى الولد، فيصدق فى الاستبراء، ولا يلزمه ما ولدته لأكثر من ستة أشهر من يوم الاستبراء.

تنبيه: معنى قول الفقهاء: «لا يلحق إلّا ما ولد بعد ستة أشهر»: أن الولد تام، وأما الناقص فيلحق فى أقل من ذلك، فإن الجنين ذو أطوار، كل أربعين طور؛ كما[3] جاء فى الحديث.

فمتى وضعته ناقصًا يناسب ذلك الطور، أو أكثر منه كل أربعين طور، ففى الحديث: «يجمع أحدكم فى بطن أمه أربعين يومًا نطفة، ثم أربعين علقة، ثم أربعين مضغة، ثم ينفخ فيه الروح»[4].

---

(١) أخرجه البخارى (٦٨١٨)، ومسلم (٣٧/١٤٥٨) عن أبى هريرة.
وأخرجه البخارى (٦٨١٧)، ومسلم (٣٦/١٤٥٧) عن عائشة.

(٢) فى ط: تأتين.

(٣) فى ط: لما.

(٤) أخرج البخارى (٣٢٠٨) وأطرافه فى (٣٣٣٢ و ٦٥٩٤و ٧٤٥٤)، ومسلم (١/٢٦٤٣)، وأبو داود(٤٧٠٨)، والترمذى (٢١٣٧)، وابن ماجه (٧٦). عن ابن مسعود.

ونص أرباب التشريح على أن الجنين يتحرك فى ضعف ما يخلق فيه، ويوضع فى ضعفى ما يتحرك فيه، فإن تخلق فى خمسة وأربعين، تحرك فى ثلاثة أشهر، ووضع لتسعة، وإن تخلق فى شهر، تحرك فى شهرين، ووضع لستة أشهر، على هذا النسق.

وتعتبر الأطوار فى إلحاق الولد بهذه القرائن العادية، فمتى جاء طور فى زمن[1] أكثر، لحق به، أو أقل، لم يلحق به.

فإن أقر فى مرضه بحملها، وبولد أخرى، وبوطئه ثالثة[2]، لم يدع استبراءها وأتت بولد يشبه أن يكون من وطئه، لحق به أولادهن وكن أمهات أولاد.

وإن قال فى مرضه: كانت هذه ولدت منى، ولا يعرف ذلك إلّا من قوله، ولا ولد معها، ووارثه ولد- صدق وعتقت من رأس ماله؛ لأنه لا يتهم فى حرمان الولد من ثمنها.

وإن لم يترك ولدًا، لم يصدق، وترق؛ للتهمة، إلّا أن يكون معها ولدها أو بينة تشهد فتعتق من رأس المال.

وعن مالك: لا تعتق إن لم يكن معها ولد، فى ثلث ولا غيره، ورثه ولد أو كلالة؛ كقوله: أعتقت عبدين فى صحتى، وقاله أكثر الرواة.

فى التنبيهات: قوله يصدق فى الاستبراء ؛ ظاهره: بغير يمين، وهو مذهب الموازية، وفى طلاق السنة بيمين.

وقال محمد بن مسلمة: إن اتهم حلف، وإن نكل لحق به الولد، ولا ترد اليمين. وروى عن مالك، والمغيرة لا يرى نفيه بالاستبراء جملة.

وقال عبد الملك: لا تستبرأ بأقل من ثلاث حيض. والرجل يتزوج المرأة فيطلقها فيزعم أنه لم يمسها فالطلقة بائنة، ولا ترجع إليه إلّا بعقد جديد، فإن ظهر بها حمل فادعاه لحق به، وكانت له الرجعة بغير عقد ولا صداق.

قال التونسى: يصدق فى الاستبراء بغير يمين.

قال: وانظر هل تحد الأمة مع إقرار السيد بالوطء فإنه استبراء. والحامل يمكن أن

---

(١) فى ط: فمتى جاء طور فى زمن.
(٢) فى ط: أو بولد ثالث.

تحيض، مع قوله فى المطلقة تحيض ثلاث حيض ثم تلد: لا ينتفى الولد إلّا باللعان؛ لأن الحامل تحيض.

وعنه: لا يلحقه إذا حاضت حيضة مستقيمة.

قال: وهو ضعيف.

قال: فإن قيل إذا تزوجت زوجًا ثانيًا بعد حيضة مستقيمة فالولد للثانى إن ولدته لستة أشهر، قيل: الثانى أقوى؛ لأن الحيض على الحمل نادر، وهو من الثانى غالبًا فغلب، وحمله على الولد عند عدم الثانى أولى من إلزامها الزنى؛ لأن الشرع طلب الستر، فجعل المغيرة الأمة الثانية فى ملك الرجل لا ينتفع فيها بالاستبراء؛ كما لا ينتفع فى الحرة بعد الطلاق بالاستبراء إذا لم تتزوج غيره حتى يمضى ما لا يلحق فيه الولد وهو خمس سنين، وإذا وطئها ثم استبرأها بحيضة، ثم ظهر بها حمل قبل ثلاثة أشهر من حين حاضت، أو تحرك لأقل من أربعة أشهر، لزمه الولد، وحمل على أن الاستبراء وقع مع الحمل؛ لأنه لا يمكن أن يظهر الولد لأقل من ثلاثة أشهر، أو يتحرك لأقل من أربعة أشهر.

وقوله: كنت أعتقت هذا العبد فى صحتى: قيل: إنه باطل.

وقيل: إنه من الثلث.

وقيل: إن حمله الثلث، جاز، وإلّا بطل كله؛ لأن حمل الثلث له ينفى تهمته، إذ لو شاء عينه من الثلث.

وإن كان عليه دين وقال: ولدت منى، لم يصدق؛ كما لو قال: كنت أعتقت.

واختلف إذا باعها، فقال: ولدت منى ولا ولد معها، والأشبه: ألا تعتق؛ لأنه لا يصدق فى العبد فأولى فى الأمة؛ لأنه يستمتع بها.

قال ابن يونس: إنما سقطت عن السيد اليمين؛ لأنه كدعواها عليه العتق والطلاق، وكذلك الحدود لا يمين لمدعيها، ووجه اليمين: أن الحرائر يلزم فيهن اللعان، فإن نكل عن اليمين دخله الخلاف إذا شهد واحد بالعتق فنكل أنه يحبس أم لا، [فأنه][1] يحبس ههنا على ذلك القول حتى يحلف، وإن أقر بالوطء مع العزل لحقه الولد.

قال محمد: وإن قال: كنت أفخذ ولا أنزل فيها، أو أطأ فى الفرج ولا أنزل: لم

(١) سقط فى أ.

يلحقه الولد.

قال محمد: وإن قال: كنت أطأ فى الدبر، أو بين الفخدين حمل على لحقه ولا لعان له فى الحرة.

والفرق بين: ولدت منى، وبين: أعتقت فى صحتى: أن الولادة شأنها الإسرار، والغالب فى العتق: الإشهار، فلما[1]: لم يعلم إلّا من قوله فى المرض، اتهم، ولم يكن فى الثلث؛ لأنه لم يرد الوصية، وإن كانت فى الصحة وأقر بقبض الكتابة فى المرض، وورثه كلالة، وحمله الثلث- جاز فى أحد قوليه.

والفرق بين ثبوت الكتابة فى الصحة، وإقراره بالكتابة كوصيته بوضع الكتابة.

قال اللخمى: لم يختلف المذهب فى تصديقه إذا نفى الوطء، كانت رائعة أو من الوخش.

قال محمد: لا يمين عليه؛ لأنها دعوى عتق.

قال: وأرى اليمين فى الرائعة؛ لأن العادة تصدقها، وللوطء تشترى.

والفرق: أن العتق نادر، والوطء غالب.

ولو قيل: لا يصدق فى العلى وإن طال المقام، لكان وجهًا، وإن علم من السيد ميله لذلك الجنس حلف، وإن اعترف بالوطء وأنكر الولادة ولا ولد معها، صدق مع يمينه إن ادعت عليه العلم، وإن كان غائبًا لم يحلف.

وقال عبد الملك: يقبل قولها مات السيد أم هو حى، وإن باعها، فإن شهدت امرأة بالولادة، [فخلاف][2]، أو امرأتان، كانت أم ولد عند ابن القاسم، ومنع سحنون إلّا أن يكون معها ولد، وإن شهد رجلان على إقراره بالوطء وامرأتان بالولادة، كانت أم ولد، وثبت نسب الولد.

قال محمد: يصدق قولها إذا صدقها جيرانها، أو أحد حضرها، وليس يحضر مثل هذا الثقات، وإن شهد رجلان على الوطء، ولا بينة على الولادة ولا ولد معها، لم يقبل عند مالك قولها، ويحلف إن كان معها ولد، وإن شهد شاهد على الوطء وامرأتان على الولادة وليس معها ولد وحلف على تكذيب الشاهد -فخلاف، وإن

---

(١) فى أ: قلنا.

(٢) سقط فى أ.

شهد شاهدان على الوطء وامرأة على الولادة، حلف على تكذيب شهادة المرأة، إن لم يكن معها ولد، ويختلف إن كان معها، ولد: هل يصدق[(١)] ويحلف، أو يقبل قولها؟ وإن شهد رجل على الوطء وامرأة على الولادة ومعها ولد، حلف على تكذيب شاهد الوطء، وإن لم يكن معها ولد، ففى يمينه قولان، واليمين أحسن؛ لأنها أقامت ظنًا، فإن حلف على تكذيب إحدى الشهادتين، لم يحلف للأخرى، وإن اعترف بالوطء والولادة ولم يدع الاستبراء، فلا يمين إن أتت به لأقل من مدة الحمل أو أكثرها، إلا أن يختلفا فى وقت الإصابة، فيصدق مع يمينه؛ لأن الأصل: بقاء ملكه.

وإن اعترف بالوطء فى الدبر، أو بين الفخدين، فقولان.

وقال محمد: إن كان الموضع يصل منه الماء إلى الفرج، لحق به الولد، وقيل: لا يلحق؛ لأن الماء [يفسد][(٢)] بملاقاة الهواء، قال: والأحسن: اللحوق؛ لأن فساده بالهواء مظنون، فلا تبطل به الأنساب.

وإن أنزل بين شفرى الفرج، لحقه قولًا واحدًا.

وإن قال بعد البيع: ولدت منى:

قال مالك: ترد إليه إلّا أن يتهم عليها، وقال أشهب: لا ترد إلّا أن يكون معها ولد.

وعن مالك: يصدق فى ولدها دونها، لأن إقراره بالنسب يبعد التهمة فيه بكثرة أحكامه، ويرد نصيبه من الثمن.

وبه قال ابن القاسم إلّا أن يثبت إقراره بالمسيس قبل البيع فترد مع الولد، وإن كان معدما اتبع بالثمن.

وعن ابن القاسم: ترد إليه إلّا أن يتهم بالعشق أو بزيادة أو إصلاح حال ما فى نفسها وهو موسر، وإلّا لم يقبل قوله لتقرر الولاء.

وعن عبد الملك: إن سمع إقراره [بمسيسها][(٣)] قبل بيعها، ردت إليه فى ملائه وعدمه، اتهم أم لا، معها ولد أم لا، عتقت أم لا؛ كأم ولد بيعت.

قال: وأرى: تصديقه تقدم إقراره بالوطء أم لا، لأنها إن كانت من العلى، فشأنهن الوطء، أو من الوخش، فإن ولدهن يكتم خشية المعرة إلّا أن يعلم أن له

---

(١) فى ط: هل تصدق.
(٢) بياض فى أ.
(٣) سقط فى أ.

هوى فى تلك الأمة، ويقبل الإقرار بالولد إذا ولد لستة أشهر من يوم ملك أمه، أقر عند قيام الغرماء، أو فى مرضه، أو ورثه كلالة، أو باعه والورثة ولد.

واختلف إذا كان كلالة، لم يقبله مالك، وقبله غيره، إذا لم يعلم له نسب لغيره.

قال سحنون: وعليه العمل.

الثانى: فى الكتاب: إن باعها فولدت لستة أشهر فأكثر، وادعى البائع الوطء أو أقر بالوطء، أوباعها حاملًا ثم ادعى الولد بعد الوضع -لحق إن لم يتهم، ورد البيع، وصارت له أم ولد.

أو باعها ومعها ولد، ثم استلحقه بعد الموت بعد سنين كثيرة، لحق إن لم يتهم بانقطاع الولد إليه، وهو لا ولد له. وقال أشهب: إن ولد عنده من أمته ولم يكن له نسب، لحق به، ويرد الثمن، وتكون له أم ولد، وإن كان ورثته كلالة، وقاله كبار أصحاب مالك. قال سحنون: هذا أصل قولنا؛ كقول ابن القاسم فى المديان: يستلحق، ولا يلحق الأمة الدين، وكذلك أمهات الأولاد لا يلحقهن الدين، بخلاف المديان يعتق، وقاله جميع الرواة، فهذا كان أولى بالتهمة من المستلحق فى المرض لإتلافه أموال الناس، إلّا أن استلحاق النسب يقطع كل تهمة.

قال أشهب: إذا طلق امرأته قبل البناء وادعى حملها، جاز ارتجاعها بغير صداق ولا عقد؛ لأن الولد قاطع للتهم.

قال ابن يونس: قال محمد: إن كان مليئًا غير متهم بهوى، رد البيع -أيضًا- اتفاقا، وتكون أم ولد.

ولا ترد عند ابن القاسم حتى يسلم من هذين، وإلّا رد إليه الولد خاصة بما ينوبه من الثمن، وقاله ابن القاسم إلا أن يثبت إقراره بالمسيس قبل البيع؛ فترفع ولدها ويتبعه بالثمن.

قال محمد: إن ادعاه المشترى وقد ولد عنده لستة أشهر، فهو أحق به من البائع.

وحجة سحنون على ابن القاسم باستلحاق المديان على استلحاق المريض لا تلزم من وجهين:

أن المديان استلحق ما فى ملكه بخلاف المريض، وأبقى ذمته لغرمائه، بخلاف المريض.

وجوابه: أن المديان يمتنع تبرعه، والمريض يتبرع فى الثلث، فهو أملك لما فى

يديه، فتهمته أضعف، وذمة المديان لا أثر لها ولا يرضى بها أحد، ولو كانت شيئًا معتبرًا للزم ذلك فى عتقه، بل العلة: أنَّ الاستلحاق لا يتهم فيه؛ لأن فيه ضياع مالية الأمة والتزام نفقتها ونفقة الولد، وقطع ميراث رحمه، ودفعه لأجنبى، ولا سيما حالة الموت، ولذلك لا يتهم المديان فى ضياع مال الغرماء.

قال ابن القاسم: إن أحاط الدين به وادعى أن ولد هذه الأمة منه، صدق فى الأمة وفيه، بخلاف المبيعة، ولو لم يكن لها ولد، لم يصدق مع الدين المحيط، ولا تصدق أنها أسقطت إلّا أن تشهد النساء به، أو فشا ذلك من قوله قبل دعواه.

الثالث:

فى الكتاب: إن أقر بوطئها وباعها قبل الاستبراء وأتت بولد يشبه أن يكون من وطئه، فأنكره البائع- لحقه ورد البيع إلّا أن يدعى الاستبراء، وإن أقر بوطء أمته وأنكر أن تكون ولدته، فهو كقول مالك فى المطلقة تدعى الإسقاط وانقضاء العدة، ولا يعلم ذلك إلّا من قولها. فلا يكاد يخفى على الجيران السقط والولادة، وهى وجوه تصدق النساء فيها.

فى التنبيهات: قيل: يصدق بحضور الولد بكل حال، وهو عن مالك، وإن لم يعلم الجيران حملًا ولا ولادة ولا طلاقًا، كان الولد للفراش إذا كان معها الولد، وإلّا فلا بد من شهادة امرأتين عدلتين.

وقيل: إن ادعت على سيدها علمًا، أحلفته، وإلّا فلا.

وقيل: فرق ابن القاسم: إن أقر بالوطء صدقت؛ لاعترافه أنه أودعها الولد، وهى تقول: هذه وديعتك.

وإن لم تعترف بالوطء، لا تصدق إلّا بالمرأتين.

وقيل: سواء على قوله، أقر أو قامت عليه بينة بالإقرار، قاله سحنون.

وعن ابن القاسم: لا تصدق فى الولادة كما لا يحلف فى العتق إلّا أن يشهد رجلان على الإقرار بالوطء، وامرأتان على الولادة إلّا أن يدعى استبراء.

وظاهره: لا يصدق(١) وإن كان معها ولد إلّا بما ذكر، وإذا لم يولد عنده ولا عند المشترى:

---

(١) فى أ: لا تصدق.

فعن مالك، وابن القاسم: يلحق به إلّا أن يتبين كذبه.

وعنه: إذا لم تكن الولادة عنده أو عند المشترى، لا تنقض الصفقة، ولا يلحق النسب؛ لحق المشترى فى العقد.

وإن قال: أولاد أمتك منى زوجتيها، وأنكر ذلك السيد، ثبت نسبهم منه، وإن أشكل قول الأب، صدق عند مالك، واختلفت الرواية فيما ظاهره كذب مع تجويز صدقه؛ كادعائه مولودًا فى أرض الشرك، ولم يعلم دخوله تلك البلاد، ومثله: دعواه غلامًا لم تزل أمه ملكًا لغيره حتى ماتت، وقال: لا أدرى ما هذا، وفرق بينه وبين من لم تزل زوجته، وجعله مثل دعواه الولادة فى أرض العدو.

وقيل: تستوى المسألتان، والحرة والأمة إن لم يكن نسب معروف.

قال ابن يونس: إذا ادعى الاستبراء ولم يلحق الولد هل تحد الأمة؟ توقف فيه الأصحاب، قال بعضهم: ذلك [شبهة](١) تدرأ الحد.

فرع: قال ابن يونس: وإن ولدت أم ولد رجل ولدًا، فنفاه، جاز إن ادعى الاستبراء، وإلّا لحقه، ولا ينظر إلى إقراره بالوطء بخلاف الأمة، لأنه جعلها أم ولده يستلحقه حتى يدعى استبراء، وإن مات سيد أم الولد، وأعتقها، فأتت بولد لأربع سنين، أو لما تلد له النساء، لحقه، إلّا أن يدعى الحى استبراء، أو ينفى الولد، ويصدق فى الاستبراء.

قال اللخمى: قال محمد: أمة معها ثلاثة أولاد ادعت أنهم من سيدها، فأقر بالوسط، وقال: لم تلد الآخرين منى، صدق فى الأول؛ لأنها أمة لا أم ولد، وصدقت فى الثالث، لأنها صارت فراشًا، إلّا أن يدعى استبراء، وإن اعترف بالأخير، صدق فى الأولين.

وظاهر قوله: أنه يصدق فى نفى الولادة، وإن اعترف بالوطء، وهو أحد القولين، وإن أنكر الوطء تساوى الأول والثالث.

الرابع: فى الكتاب: إذا زوج أمته بعبده أو بأجنبى، ثم وطئها السيد، فالولد للزوج؛ لأنها فراشه، إلّا أن يكون منعزلًا عنها مدة يبرأ فيها الرحم، فيلحق بالسيد؛ لأنها أمته ولا يحد، وكذلك إن أتت بولد لستة أشهر، وقد دخل بها زوجها، فسد

---

(١) سقط فى أ.

نكاحه؛ لأنه تزوج حاملًا، ولحق الولد بالسيد إن أقر بالوطء، إلّا إن ادعى استبراء، وإن وطئ أمة مكاتبه، لحق به الولد؛ لشبهة الملك، وكانت له أم ولد، ولا يجتمع الحد والنسب، وعليه قيمتها يوم حملت دون الولد، فإن كان عديمًا والذى على المكاتب كفاف القيمة، عجل عتقه، وقاص المكاتب سيده بذلك، وإن زادت القيمة، اتبع سيده بالزيادة، وقال غيره: ليس للسيد تعجيل ما على المكاتب، وتوقف القيمة فى ملائه، وتباع الكتابة لذلك فى عدمه.

فإن كانت كفافًا كانت أم ولد للسيد، وللمكاتب أخذ قيمة أمته معجلًا، والأداء على نجومه إلّا أن يشاء أن يأخذ ما بيع من كتابته لتعجيل عتقه فذلك، فإن كانت الكتابة نصف قيمة الأمة، بقى نصفها رقيقًا، ونصفها للسيد بحساب أم الولد، واتبع السيد بنصف قيمة الولد، فإن وطئ أمة ابنه الصغير أو الكبير درئ عنه الحد؛ لأن له فى ماله شبهة الإنفاق والإعفاف، وقومت عليه يوم الوطء، حملت أم لا، مليئًا أو معدمًا.

قال ابن يونس: إذا وطئها السيد، ليس للزوج نفيه إلّا باللعان؛ كرؤية الزنى، وأما بوطء السيد فلا.

قال أصبغ: والاستبراء فى هذا: حيضة أو قدرها، نحو: الشهر، فيلحق حينئذ بالسيد، ويؤدب إن لم يعذر بجهل، وترد الأمة إلى زوجها إذا وضعت، وإذا مات سيدها عتقت، ولها اختيار نفسها، والزوج عبد، ولا يقبل قول الزوج: أن الولد منه، و[لو] قال: كنت أغشاها من موضع سرًا، إلا ببينة؛ لأن فيه إبطال الولاء والعتق على السيد بالاستيلاد، وإن مات الزوج أو طلق رجعت للسيد، وحل له وطؤها.

قال محمد: وطؤه لأمة عبده انتزاع لها.

فرع:

فى العتبية: قال مالك: إن مات عن أمة حاملٍ منه حملًا بَيِّنًا، تمت حريتها فى الشهادة وغيرها، وتعجَّب من قول غيره: لا تتم حريتها حتى تضع.

وقال المغيرة: توقف أحكامها لاحتمال أن يكون ريحا أو مرضًا.

قال ابن يونس: يحتمل قول مالك فى مقاصة المكاتب: إن رضى المكاتب، فيتفق القولان.

قال محمد: إن وطىء أمة ابنه الصغير، ولزمته القيمة، حل له وطؤها.

قال سحنون: بعد الاستبراء، وليس للولد أن يتمسك بها إذا لم تحمل، قاله ابن القاسم.

قال محمد: ولا له أخذها فيما ثبت له[(١)] من القيمة.

قال مالك: إذا وطئ أحد الشريكين، فللآخر التمسك بنصيبه إن لم تحمل، بخلاف الابن، لأنها تحل له، وتحرم على الابن يخيف أن يغيب عليها.

قال ابن القاسم: إن كان الابن كبيرًا أو الأب عديمًا قومت عليه يوم الوطء، وبيعت فى القيمة إن لم تحمل، وكذلك المرأة تحل جاريتها لزوجها أو لغيره فتحمل، غرم قيمتها مليئا يوم أحبلها، وبقيت أم ولد، ولا قيمة عليه فى ولده، وإن لم تحمل فقيمتها يوم الوطء، أو عديمًا ولم تحمل، بيعت عليه، وإن لم توف بالقيمة، اتبع بالبقية، وليس للمحل التمسك بها وإن لم تحمل؛ لأن رد ماله تحقيق لعارية الفروج، ويخاف أن يحبلها[(٢)] ثانية.

وقال عبد الملك: للابن التمسك فى عدم الأب وملائه إذا لم تحمل إن كان مأمونًا عليها، بخلاف المحل له؛ لأن المحلل له تعمد ذلك فعوقب بألا تعود إليه، وخوفًا أن يحبلها[(٣)] ثانية، وذريعة لعارية الفروج، والابن لم يبح أمته فيخشى منه، فإذا كان مأمونًا ردت إليه؛ كالشريك، وإذا قومت على الأب، إن حملت وكان الابن قد وطئها قبل ذلك، عتقت على الأب؛ لأنه حرم عليه وطؤها وبيعها، ولحق به الولد، ولو لم تحمل حل له بيعها دون وطئها، قاله مالك.

قال عبد الملك: وإن وطئها الابن بعد وطء الأب، سقطت القيمة عن الأب بمصاب[(٤)] الابن، وتباع على الابن فيعطى ثمنها ما بلغ، أقل من القيمة أو أكثر.

وقال أصبغ: [تقوّم][(٥)] على كل حال، ويأخذ قيمتها يوم وطئها إن اختلفت القيمة، لأنه يوم التفويت، وتباع على الابن لأنه وطئها بعد لزوم قيمتها للأب يوم

---

(١) فى أ: ولا له أخذها فيما يثبت.
(٢) فى أ: أن يحلها.
(٣) فى أ: أن يحلها.
(٤) فى أ: بمضار.
(٥) سقط فى أ.

وطء الأب وضمنها، ثم يتحاسبان، فمن كان له فضل أخذه، أو عليه نقص أداه، فإن وطئاها فى طهر واحد، فألحق القافة ولدها بالابن، فهو للواطئ أولًا، وتعتق عليه، ولزم الأب قيمتها له؛ لأنه أفسدها عليه، وإن كان هو الأب لزمته القيمة، ويلزم قيمتها للأب يوم وطئها الابن، ويتحاسبان كما تقدم.

وإن ألحقته بالثانى، وكان هو الابن، تحاسبا، أو كان هو الأب، غرم قيمتها للابن على كل حال بما أفسدها، قاله عبد الملك.

وإن وطئ الابن أمة الأب، حدَّ، وأما الجد من قبل الأب والأم فلا يحد من وطء أمة ابنه، ولا يقطع من سرقة ماله؛ لأنهم آباء وإن لم تلزم نفقتهم؛ لأن الأب لا تلزمه نفقة ابنه الكبير أو ابنته الثيب، ولا يقطع فى سرقته من مالهما، ولا يحد فى جواريهما.

وقال أشهب: يحد فيهما؛ كالأجنبى، وانما جاء: «أنت ومالك إلى أبيك»[1] فى الأب؛ ولأن الجد لا نفقة له.

قال محمد: إن وطئ الجد أمة ولده العبد فحملت، فعليه قيمتها ولا يحد، وهى له أم ولد، وإن كان معدمًا، بقيت رقيقًا للابن، واتبعه بقيمة الولد بعد وضعه، فإن عتق الابن وهى حامل بعد النظر فيها، بقى الأمر على ما كان، فإن أيسر الأب فاشتراها، فله بيعها إن شاء، وإن عتق الابن [قبل][2] النظر فيها، [كانت له][3] أم ولد، واتبعه بقيمتها فقط فى عدمه.

وعن ابن القاسم: يضمن قيمتها، حملت أم لا، ولا يكون لسيد العبد خيار، فإن كان مليًا، أعطى السيد العبد قيمته، أو معسرًا اتبعه بها إن حملت، وبيعت إن لم تحمل؛ لأنه أفسدها بوطئه.

قال محمد: فإن كان الأب الرقيق لم تكن له أم ولد؛ لأنه عبد، ولا يتبع بقيمتها؛ لأنه ليس من معنى العطب، ولا حد عليه للشبهة.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٨٩) كتاب البيوع: باب فى الرجل يأكل مال ولده (٣٥٣٠)، وابن ماجه (٢/ ٧٦٩) كتاب التجارات: باب مال الرجل من مال ولده (٢٢٩٢)، وأحمد فى المسند (٢/ ١٧٨)، والبيهقى فى السنن (٧/ ٤٨٠).

(٢) سقط فى أ.

(٣) سقط فى أ.

ولو قال الابن: أسلمها إليه وأتبعه بقيمتها؛ لأنه حرمها علىَّ امتنع؛ لأن ما فى بطنها عتق على أخيه، فإن سلمها بلا ثمن، لم تكن له أم ولد.

وقال ابن القاسم: ذلك جناية، والقيمة فى رقبة العبد؛ لأنه أفسدها، وإن شاء السيد فداه بقيمة الجارية، وتكون الجارية للعبد، والعبد للسيد، وإن أسلمه كان حرًّا على ابنه، وتتبعه الجارية وتكون أم ولد إن كانت حاملًا؛ لأنها من ماله، والولد لسيد العبد، أسلمه أو فداه، ولا يخير الابن فى أخذ الجارية، فإن ماتت قبل تخيير السيد، ضمنها العبد فى رقبته كالجناية؛ فإن فداه السيد بقيمتها، فهى للسيد، وإن أسلمه، عتق على ابنه.

قال محمد: لا يعجبنى هذا، وأى جناية فى تحريمها على الابن، ولا قيمة للوطء؛ كما لو رجع شاهد الطلاق بعد الحكم لم يغرم شيئًا. قال ابن القاسم: وإن وطئ الأب أم ولد ابنه، غرم قيمتها على أنها أمة، وعتقت على الابن؛ لثبوت الولاء، وعتقها لتحريمها عليهما وإن وطئ زوجة ابنه لم تحرم على الابن فى أحد قولى مالك، بخلاف أم الولد؛ لعدم الحد فى أم الولد، وثبوته فى الزوجة، فإن ولدت أم الولد بعد وطء الأب، لحق به الابن، إلّا أن يكون معزولًا عنها قبل الوطء مدةً مثلها استبراء، فيلحق بالأب، وقيل: إن أشبه أن يكون من وطء الأب، دعى له القافة، وإن لم يكن معزولًا عنها؛ لأنه كوطء مالكين، بخلاف وطء السيد أمته وهى زوجة لعبده أو لأجنبى، والزوج مرسل عليها بعده[1]، يلحق الولد بالزوج؛ لأن فراشه مقدم لصحته.

وإن ولدت أمة ولدًا فادَّعاه أبو سيدها:

قال محمد: لحقه، وقومت عليه وتكون له أم ولد، أنكر ذلك الابن أم لا، إلّا أن يدعيه فهو أحق للفراش الصحيح، قال ابن القاسم: إن كان الولد عبدًا، لم يحد، وقيمة[2] أم ولد ابنه فى رقبته يفديه السيد، أو يسلمه، وتعتق أم الولد على الابن لتحريمها عليه، ولا يتهم الأب أنه أراد أن يكون عبدًا لابنه؛ كما لو قطع له عضوًا لكان فى رقبته.

وكذلك وطؤه لأمته البكر، عليه ما نقصها، ولا يلزمه من الثيب شىء. قال

(١) فى ط: هزه.
(٢) فى أ: وقيمته.

ابن عبد الحكم: إن وطئ نصرانى أم ولد ولده النصرانى، وأسلما، عتقت على الولد؛ لتحريمها عليه، ولا قيمة على الوالد؛ لأن الولد لو وطئها بعد وطء أبيه، لم يمتنع فى نصرانيتهما[1]، ولو كانت أمة فأسلمت وهى حامل، فليعتق ما فى بطنها على أخيه، ولا يقوم على الأب، وهى أمة للابن، ومن وطئ مدبرة ابنه فحملت، ضمن قيمتها أمة، وتكون أم ولد الأب، وإن لم تحمل، وقفت القيمة إن مات الابن وحملها الثلث، رجعت القيمة للأب، وإن لحقه دين برقها، كانت للأب بالقيمة الأولى.

قال محمد: وإن زوج أمته وقال: هى ابنتى فولدت، لم يحد، ولحق الولد بالزوج بقيمته، ولا تكون أم ولد بل زوجة، إن شاء فارقها وعليه قدر ما يستحل به فرجها، ورجع ببقية الصداق على سيدها؛ لأنه غره، أو ثبتت على النكاح بالصداق المسمى، وما ولدت قبل أحرار، وتلزم قيمتهم، وما ولدت بعد علمه ورضاه، فرقيق للسيد؛ لأن الولد يتبع أمه فى الحرية والرقية، وإن زوجه ابنته وأدخل عليه جاريته، فولدت، فهى له أم ولد، وتلزمه[2] قيمتها يوم الحمل دون ولدها؛ كمن أحل جاريته، وسواء علم الزوج قبل الوطء أنها غير زوجته أم لا، ولا يحد، وتلزمه قيمتها، حملت أم لا، وتكون ملكًا له.

قال محمد: إن وطئ الموصى له الموصى بها قبل موت الموصى، ثم مات ودفعت له - هو زانٍ، ويحد، ولا يلحقه النسب؛ لأن الوصية لا تملك إلّا بعد الموت، فإن وطئها بعد الموت والدين يغترقها، فلا حد عليه، ويلحقه الولد، وإن كان موسرًا غرم قيمتها، وكانت له أم ولد، أو معدمًا، بيعت بعد الوضع دون ولدها، واتبع بقيمته؛ كالابن يطأ من تركة أبيه، والدين يغترقها؛ لأن الدين ليس فى عين الجارية، والإرث والوصية فى عينها.

قال اللخمى: إذا زوجها السيد ووطئها هو والزوج قبل الاستبراء وأتت بولد لستة أشهر فأكثر، فثلاثة أقوال:

تدعى له القافة، قاله مالك.

(١) فى أ: فى قصد ابنها.
(٢) فى أ: ويلزمها.

وعن ابن القاسم: هو للثانى، وإن كان بين الوطأين يوم.

وقال ابن مسلمة: للأول؛ لأنه صحيح، والثانى فاسد.

وإن صح النكاح؛ لوقوعه بعد الاستبراء، وأصاب الزوج ثم السيد فى طهر:

قال مالك: لحق بالزوج، وفرق بين تقدم الملك فتدعى له القافة، أو تقدم النكاح فهو للأول، وإذا قلنا للأول: ففى مقدار الفصل بين الوطأين شهر لأصبغ، وللمغيرة قدر ما لا يحمل له النساء.

وإذا وطئ أمة عبده وعليه دين يغترقها، غرم قيمتها للغرماء، فإن كان معسرًا، وقيمتها وقيمة العبد سواء، بيع العبد فى قيمتها، وإن كان ثمنه يفى بنصف قيمتها، بيع لهم نصفها فى باقى الدين، فإن وطئ مكاتبة عبده ولم تحمل، بقيت على كتابتها، ولا يحد لشبهة الملك، وإن حملت، خيرت بين الكتابة والتعجيز، وتكون أم ولد.

ويختلف: إذا وطئ أم ولد ابنه، فى عتقها على الابن، وتغريم القيمة، وصفة القيمة:

فقيل: لا تعتق [وإن حرم الوطء][1]، وهو على الخلاف فى تزويجها، فمن أجازه: لم يعتقها؛ لأنه بقى له عوض البضع بالزواج، وإن جنى عليها انتفع بقيمتها، وإن ولدت خدمت ولدها، فما لزم ثمن التحريم عدم النفع.

والصحيح: العتق؛ لندرة هذه الأمور.

وإن وطئ معتقة إلى أجل لولده فلم تحمل، لم يكن عليه شىء؛ لأنها محرمة على الابن قبل الوطء؛ كالمكاتبة، وإن حملت، فلا شىء عليه لئلا ينتقل الولاء، ويعتق الولد على أخيه.

الخامس: فى الكتاب: إذا وطئ الشريك فلم تحمل، فلشريكه التمسك بنصيبه، بخلاف الابن إن كان الابن كبيرًا والأب عديمًا، قومت عليه يوم الوطء، وبيعت عليه فى تلك القيمة إن لم تحمل، وكذلك المرأة تحل جاريتها لزوجها أو ابنها أو أجنبى.

والفرق: [حلها للشريك][2] وتحريمها على الابن.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) بياض فى أ.

وإذا بيعت عليهم فى العدم فلم يوف الثمن بالقيمة، اتبعت بالبقية، وليس للمحل التماسك بها وإن لم تحمل؛ لأنه لا يؤمن عليها، وإذا قومت أمة الابن على الأب وقد حملت منه وكان [الابن][1] قد وطئها قبل ذلك [عتقت على الأب؛ لأنه حرم عليه وطؤها وبيعها، ولحق به الولد، ولم تحمل من الأب، حل له بيعها وقد وطئها][2] وإن وطئ الأب أمة ولد ابنه، غرم لابنه قيمتها وعتقت على الابن لا على الأب؛ لتحريمها عليهما، ولثبوت الولاء له أولا.

النظر الثانى:

فيما تكون به أم ولد.

فى الجواهر: من أقر بوطء أمته وولدت لمدة لم تزد على مدة الحمل ولا تنقص عن ستة أشهر، صارت به أم ولد، أتت به فى حياته أو بعد وفاته، أو بعد أن أعتقها، إلّا أن يدعى استبراء لم يطأ بعده، فإن ادعت الوطء بعد الاستبراء، لم يكن لها تحليفه؛ كدعوى العتق.

وقال المغيرة: لا بد فى الاستبراء من ثلاث حيض، وتحلف على ذلك.

وقال سحنون: أصحابنا كلهم يقولون: تجزئ حيضة؛ لدلالتها على براءة الرحم، ولا تحلف، وما أتت به من ولد حى أو ميت، مخلق أو غير مخلق مما يقول النساء: إنه متنقل فى الأطوار؛ كالعلقة، والمضغة- فهى بذلك أم ولد.

وخالفنا الشافعى فى المضغة، وإن قال النساء: إنه مبدأ خلق، ووافقنا فيما إذا كان فيها أصبع أوعضو؛ لأن اللحم قد يتولد مما يسمى الحياء معلوم عند الأطباء، والأصل: بقاء الملك.

وجوابه: الغالب التوليد والسلامة من الأمراض لا سيما هذا المرض.

وفى المنتقى: قال أشهب: إذا طرحت دمًا مجتمعًا أو غير مجتمع لا تكون به أم ولد، فإذا صار علقة خرج عن الدم المجتمع، لأن الدم قد ترخيه الرحم من غير ولادة.

وقول ابن القاسم فى المدونة وغيرها: تكون به أم ولد؛ لما فى الصحيح: «أن

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.

الجنين يكون علقة أربعين يومًا، ثم يكون مضغة أربعين يومًا». وقد تقدم فى النظر الأول.

فروع من هذا النظر. ونذكر ههنا فرعين:

الأول:

فى الكتاب: إن اشتريت امرأتك لم تكن أم ولد بما ولدته قبل الشراء، وتكون أم ولد إن اشتريتها حاملًا. قاله ابن القصار.

وقال (ح): تكون أم ولد بما ولد قبل الشراء إذا اشتراه معها، وبما هى حامل به.

وقال (ش): لا تكون أم ولد بالحمل، ولا بما تقدم.

وروى عن مالك.

لنا على (ح): قوله -عليه السلام-: «أيما رجل ولدت منه أمته فهى معتقة عليه عن دبر منه»[1]

(عن دبر منه) مفهومه: إن ولدت وليست أمته، لا تعتق عليه.

ومنطوقه: أنها أم ولد إن اشتراها حاملًا؛ لأنها ولدت منه وهى أمته.

وفى الصحيح عنه -عليه السلام- فى مارية: «أعتقها ولدها»[2] لما ولدت إبراهيم، والضمير فى قوله: (أعتقها) يعود عليها بصفتها، ومن صفتها: أنها أمته عليه السلام، مفهومه: أنها لو كانت أمة غيره لم يعتقها ولدها.

احتجوا: بقوله -عليه السلام-: «أعتقها ولدها» جعل السبب فى عتقها ثبوت نسب ولدها منه عليه السلام، وهو معنى موجود فى الولد السابق.

ولأنها إنما كانت أم ولد إذا أحبلها فى ملكه؛ لأن نسب ولده ثابت منها، فكذلك ههنا، ولأن نسبه من ولده يثبت فى ملك الغير، فكذلك الاستيلاد؛ لأنهما حكمان تابعان للولد.

والجواب عن الأول: أن الضمير يمتنع عوده على الذات المشتركة بينها وبين

---

(١) أخرجه أحمد (١/٣١٧)، وابن ماجه (٢٥١٥)، والدارقطنى (٤/ ١٣٠-١٣١)، والحاكم (٢/١٩)، والبيهقى (١٠/٣٤٦-٣٤٧) عن ابن عباس. وإسناده ضعيف. والصحيح أنه من قول ابن عمر. قاله الحافظ فى التلخيص (٤/٤٠١).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٥١٦)، والبيهقى (١٠/٣٤٦)، وفى إسناده حسين بن عبد الله الهاشمى: وهو ضعيف جدًا. قاله الحافظ فى التلخيص(٢/ ٤٠١).

غيرها، بل لا بد من معنى، هو صفة مشتقة تناسب العتق، وما ذاك إلّا كونها أمته عليه السلام، والحكم ينتفى لانتفاء علته.

وعن الثانى: أنه يتقض بزواجه كافرة حربية، أو ذمية فيولدها، ثم ينسى فيشتريها، فإنها لا تكون به أم ولد.

ولأن الفرق: أنه إن أولدها فى ملكه حملت بولد حر فيناسب أن يفيد الحرية لها، وفى ملك غيره رقيق، فيضعف عن إفادة الحرية.

وعن الثالث: الفرق: بأن قوة النسب أعظم من قوة كونها أم ولد؛ لأن الابن إذا ملكه يعتق فى الحال، وأم الولد لا تعتق فى الحال.

ولنا على (ش): إجماعنا على امتناع بيعها وهى حامل، والأصل: بقاء ذلك.

ولأن النصوص المتقدمة عامة فى الحمل المفارق للشراء، والمتأخر.

ولأن وطأه أو ملكه فى الأم بأثر الحمل، فيعتق، ويكون كالمتأخر.

احتجوا بقول جابر: كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ(١). وهو متقدم فى الولد المتأخر فيبقى حجة فى غيره.

ولأن الولد كان رقيقًا، وإنما حصلت له الحرمة فى ثانى حال، فأشبه من أعتق جنين أمته، فإنها لا تصير أم ولد.

ولأن الولد الذى أجمعنا عليه هو الذى لا يمكن إثبات ولائه للغير، وهذا يمكن إثبات ولائه لبائع الأمة، بأن يغفل عن شرائها حتى تضعه.

ولأنها لو اشتراها أبوه لم تصر أم ولد، فلو كانت الحرية تنشر لانتشرت بشراء الجد؛ لأنه كالأب، لأنه يعتق [عليه](٢) ابن الابن، كما يعتق الابن.

والجواب عن الأول: أن الاحتجاج به موقوف على علم رسول الله ﷺ بهم فيقرهم عليه، وهو معارض بالنصوص المانعة من بيع أمهات الأولاد.

وعن الثانى: الفرق: أن معتق جنين أمته لم يتصل نسبه بالولد حتى يؤثر فى أمته حريةً، بخلاف الحمل.

---

(١) أخرجه أحمد (٣/٣٢١)، والشافعى، كما فى تلخيص الحبير (٤/٤٠٢)، وابن ماجه (٢٥١٧)، والدارقطنى (٤/ ١٣٥)، والبيهقى فى السنن والآثار (٧/ ٥٦٦)، والسنن الكبرى (١٠/٣٤٨). وبنحوه أخرجه أبو داود (٣٩٥٤)، والحاكم (٢/١٨-١٩).

(٢) سقط فى أ.

وعن الثالث: أنه أعلى رتبةً من الولد السابق بإجماع بعض تخليقه مع ملك أبيه لأمه، فلو ألغى لتساوى موطن الإلغاء حيث أجمعنا على الإلغاء، فيتعين إضافة الحرية فى الأم للقدر المشترك بين الحمل والولد اللاحق، وهو اجتماع التخليق مع ملك الأم؛ لأنه معنى مناسب فيصير فى جميع موارده.

وعن الرابع: أن ملك الجد أضعف؛ لأنه لا تجب له النفقة، ولا يحجب الإخوة، ويحجبه الأب، فدل على أن الأب أقوى منه، فلا يلحق به الجد.

تفريع:

فى الكتاب: إن ابتعتها حاملًا من ابنك، لم تكن أم ولد، وعتق الحمل على جده، بخلاف أمة الأجنبى؛ لأن الأب لو أراد بيع أمته، امتنع، لأنه عتق عليه حملها بخلاف الأجنبى.

وقال غيره: يمتنع شراؤها من والده حاملًا؛ لحرمة الحمل على الجد، واستثناؤه غرر لم يقابله من الثمن، ولا يتيقن وجوده.

قال ابن القاسم: إن ابتاع زوجة والده حاملًا، انفسخ نكاح الأب؛ لتعذر نكاح أمة ولده، ولا تكون أم ولد الأب، وتبقى رقيقًا للابن، ويعتق عليها حملها، ولا يبعها حتى تضع، إلّا أن يرهقه [دين][1] فتباع حاملًا.

وقال غيره: لا تباع فى الدين حتى تضع؛ لأنه عتق بالسنة لا بالافتراق.

قال ابن القاسم: وإن كان حملها من أخيك بنكاح فابتعتها، فهى والولد رقيق لك، والنكاح ثابت.

فى النكت: قول غيره: لا يجوز للابن شراء زوجته الحامل من أبيه، ليس بخلاف لقول ابن القاسم، وإنما تكلم ابن القاسم إذا فعل ذلك وفات، أما الجواز ابتداء، فلا، ويلزم الولد قيمتها يوم قبضها بالشراء على أن حملها حر؛ لأنه كبيع فاسد فات بالولادة.

وقول غيره: لا يرق جنينها ولا يلحقه دين، ليس بخلاف لابن القاسم، وليست كمسألة من ابتاع امرأة والده حاملًا.

والفرق: أن الولد خلق حرًا فى المسألة الأولى، وفى عتق شراء الولد، فأشبه

(١) سقط فى أ.

العتق المبتدأ عن ابن القاسم، فباعها فى الدين وسواء الغير؛ لأنه كله عتق سنة.

قال ابن يونس: إن تزوج أمة والده فمات الأب فورثها وهى حامل فوضعت لأقل من ستة أشهر- لم تكن أم ولد به؛ لعتقه على جده فى بطنها قبل الإرث، ولا تكون أم ولد حتى تملك رقبتها بما فى بطنها، حتى يعتق الجنين عليه لا على غيره، فإن وضعته لستة أشهر فأكثر، فهى به أم ولد، إلّا أن يقول: لم أطأها بعد موت أبى، ويصدق بغير يمين.

قال محمد: وإن اشترى امرأته بعد أن أعتق السيد ما فى بطنها، جاز الشراء، وتكون به أم ولد؛ لأن عتق السيد لا يتم إلّا بالوضع؛ ولأنها تباع فى فلسه، ويبيعها ورثته قبل الوضع إن لم يكن عليه دين، والثلث يحملها، وفى الجناية عليه ما فى جنين الأمة، ولو كان ذلك بعد أن استبرأها لكان فيه ما فى جنين الحرة، وولاؤه إن استهل لأبيه، ولا ينظر إلى عتق السيد، إلّا أن يشتريها أجنبى بعد عتق جنينها قبل أن يرهقه دين، ويرد إن فعل.

وشراؤه زوجة والده حاملًا، بخلاف شرائه لزوجته الحامل، وهى أمة أبيه عند ابن القاسم، قال مالك: لا يرق جنينها ولا يلحقه دين.

والفرق: أن الجنين فى الأولى لم يمسه رق، وفى الثانى مسه الرق فى بطنها، وإنما عتق بالشراء، فأشبه العتق المبتدأ، وغيره لم يفرق؛ لأنه كله عتق سنة.

وفى المقدمات: إذا اشترى امرأته حاملًا من أبيه أو ممن يعتق عليه الجنين، فلا تكون أم ولد اتفاقًا؛ لعتقه على من اشتراه منه، وإنما الخلاف إذا عتق عليه.

الثانى: فى الكتاب: إذا اشترى المأذون أمة، بإذن سيده أم لا، فعتق -لا تكون أم ولد له بما ولدت قبل عتقه، ولا تحمل جنين العتق؛ لأنه رقيق لسيده، إلّا أن يملك المأذون حملها قبل الوضع، وإن أعتقها بعد عتقه لم يتعجل لها ذلك، وحدودها حدود الأمة حتى تضع، فيرق الولد للسيد الأعلى، وتعتق هى بالعتق الأول.

وما ولد للمكاتب أوالمدبر من أمته مما حملت به بعد التدبير أو الكتابة بمنزلته، يعتق مع عتقه، وتكون أم ولد بذلك لهما، كان الولد الأول حيًا أم لا.

وعن مالك: لا تكون بذلك أم ولد، وقاله أكثر الرواة فى المدبرة خاصة؛ لأن للسيد انتزاعها، وليس للمدبر بيع أم ولده فى حياة سيده إلّا بإذنه.

وإن مات عن ولد حدث فى تدبيره من أمته، ثم مات السيد، فهى أم ولد، وما ترك من مال السيد؛ لأنه رقيق، ويعتق ولده فى ثلث سيده بعد موته.

فى التنبيهات: تأول أبو محمد، وغيره أن المدبر ملك الحمل بهبة أو ميراث لا بشراء؛ لتعذر الشراء للغرر، إلّا أن يفوت بالوضع، فتكون به أم ولد.

فقيل: ينقص قبل الولادة.

وقيل: بتمام الشراء تمت حريته ففات النقص.

وقيل: يجوز الشراء ههنا للضرورة ودفع التحجير.

وروى أشهب: لا تكون به أم ولد مطلقًا.

فى النكت: إنما لم يمض عتق المأذون الذى أعتقه السيد فى أمته الحامل ويعتق جنينها بخلاف من أعتق أمة قد وهب جنينها لرجل؛ لأن السيد ملك الجنين ملكًا أصليا[1] فلم يبطل ملكه بعتق المأذون الأمة، وواهب الجنين ليس له ملك أصلى.

قال التونسى: إن وهب جنين أمة لرجل، ورقبتها للآخر فأعتق الموهوب له الأمة:

قيل: عتقه ثابت، ولا شىء لصاحب الجنين؛ كما لو وهب جنينها لرجل، ثم أعتقها، أوأعتقها ورثته بعد موته.

وقيل: عليه قيمة الجنين يوم تضعه، ويجوز عتقه فيه.

وقيل: عتقه الأمة موقوف حتى تضع.

قال ابن يونس: إذا اشترى المأذون زوجته حاملًا منه، ثم أعتقه السيد، تبعه الولد وأمه؛ لأنه كما له ههنا، ويعتق عليه، وتكون له بذلك أم ولد، بخلاف الذى يولد أمة نفسه؛ لأن هذا الولد كأمه؛ لأنه من نكاح، وأمه صارت بالشراء أمة للعبد، فكذلك ولدها، ألا ترى أنهما يباعان عليه فى الدين؟ وولد أمته كنفسه عند السيد.

وقال أشهب: لا تكون أم ولد بما حملت بعد التدبير والكتابة وعتق الأجل، وإن ولدته بعد تمام الحرية فى الأب، إلّا أن للولد حكم الأب.

وإن شك فى الحمل، فإن ولدته لأقل من ستة أشهر من تمام عتق الأب، لم تكن له أم ولده؛ لأن ما فى بطنها لم يملكه الأب، وجرى لغيره فيه حرية، وإن مات

---

(١) فى أ: الجنين ليس له ملك أصلى.

السيد عتق المدبر مع ولده وما فى بطن أم ولده بالحصص، فإن خرجوا بقيت أمة المدبر أم ولده على الخلاف، وإن عتق بعضهم بقيت له رقيقًا، وإن أولدها بعد ذلك لم تكن أم ولد؛ لأن نصفه رقيق، وإن أعتق باقيه وهى حامل منه، لم تكن له أم ولد بخلاف المعتق إلى أجل يعتق وأمته حامل منه، تكون له أم ولد؛ لأنه كتمام الأجل فيه، وإن مات قبل الأجل، رُقَّت، وكان ولدها معتقًا إلى أجل، فالأجل فيه كموت السيد فى المدبر، وموته قبل الأجل كموت المدبر قبل سيده.

قال صاحب المقدمات فى المدبر والمكاتب والمعتق إلى أجل تلد إماؤهم: هل يكن أمهات أولاد إذا أفضوا إلى الحرية؟ ثلاثة أقوال:

ثالثها: الفرق بينهما وبين المعتق، وهو مبنى على أن إماءهم هل لهن حرمة بالإيلاد منهم أولا؟ قولان.

وإذا قلنا: لهن حرمة فإنهن يكن أمهات أولاد بما حملن به بعد هذه العقود إذا أفضوا إلى الحرية، وإن وضعن قبل الإفضاء اتفاقًا، ومن حملن به قبل ذلك ووضعنه بعده بأن يطأ زوجته فتحمل قبل الكتابة أو التدبير أو العتق إلى أجل، فيشتريها حاملًا بعد العقد، فلا تكون أم ولد، إلّا على قول من يرى: أن الحر إذا اشترى امرأته حاملًا، تكون به أم ولد، وفيه قولان.

وإن قلنا: لا حرمة لهن، فهن كأمة العبد تلد من سيدها إلّا أن تنقضى هذه العقود ويخرجون للحرية، وإماؤهم [حوامل، فيملكون][1] ذلك الحمل عند ابن القاسم، خلافًا لأشهب.

وفى المنتقى: إذا قلنا بحرمة استيلاد المدبر، لم ينتزعها السيد، كانت حاملا أم لا وإن قلنا: بعدم الحرمة انتزعها غير حامل، ولا ينتزعها حاملًا اتفاقًا؛ لدخول الولد فى التدبير، وهذا الخلاف يجرى فى أم الولد للمعتق إلى أجل.

النظر الثالث: فى الاستلحاق:

وأصله: قوله – تعالى – : ﴿ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ﴾ [الأحزاب: ٥]

وفيه فروع:

فرع: فى الكتاب: إذا باعه، ثم استلحقه بعد طول الزمان، لحق، ورد الثمن، ولد عنده أو لا، إلّا أن يتبين كذبه.

---

(١) سقط فى أ.

قال التونسى: وكذلك كل من ادعى أنه ولده، ولا ينسب له، ولا هو عبد غيره، ولا هو مجلوب، ويعلم عدم دخوله تلك البلاد، قاله ابن القاسم.

وقال أشهب: يصدق فى عبد الغير إذا لم يبين كذبه، ويكون ابنا له وعبدًا للآخر، فإذا أعتقه سيده فمات، ورث بالبنوة قبل الولاء.

قال سحنون: إذا ادعى من لا يلحق به، لا يعتق عليه إذا اشتراه؛ لأنه تبين كذبه.

وقال ابن القاسم: يعتق؛ مؤاخذة له بإقراره.

قال ابن يونس: الأحوال ثلاث:

حال يولد عنده، أوبعد بيعها لمثل ما يلحق فيه النسب، ولم يطأها المبتاع ولا زوج، ولا تبين كذبه، فهذا متفق عليه.

وحال لم يولد عنده ولا علم ملكه لأمة ولا زواجه لها، ولا تبين كذبه، فيلحق عند ابن القاسم دون سحنون.

وحال يستلحق فى ملك غيره، أوبعد عتق غيره، فلا يلحق عند ابن القاسم إن أكذبه الحائز لرقه أو لولائه، ويلحق عند أشهب به، ويكون ولدًا له ومولى للذى أعتقه، عبدًا لمن ملكه، فإن أعتقه ورث أباه وورثه.

قال سحنون: وما علمت خلافًا بين الناس أن الإقرار[1] بولد الولد، أو الجد، أو الأخ، أوغيرهم من القربات[2]، لا يثبت مع وارث معروف أو مع غير وارث، وإنما يثبت الإقرار بولد الصلب خاصة، ولا يثبت وإن ورثه، إذا لم يكن له وارث معروف فيرث من غير ثبوت نسب. وعنه: لا يرث وإن لم يكن له وارث معروف؛ لأن المسلمين يرثونه.

قال أصبغ: وإن أقر أن هذا وارثه وله وارث معروف فلم يمت المقر حتى مات الوارث، ورثه المقر له؛ كأنه أقر ولا وارث له. واختلف: إذا أقر بعد بيعه، هل يرجع المشترى بنفقة الولد؟ قاله أبو بكر بن عبد الرحمن؛ كمن طرح ولده فأنفق عليه رجل.

وقيل: لا يرجع؛ كالعبد يستحق بالحرية فلا يغرم أجر خدمته وخدمته بنفقته.

---

(١) فى أ: إلا أن الإقرار.

(٢) فى أ: القرديات.

فإن كان صغيرًا لا خدمة له، فلا نفقة له؛ لأنه ممن تكون له الخدمة فى المستقبل.

وقيل: إن كان فيه خدمة وأقر المبتاع أنه خدمه، فلا نفقة، وإن كان صغيرًا فله النفقة؛ لعدم المقابل.

قال: وهو أعدل الأقوال، وروى عن سحنون.

فرع: فى الكتاب: إن استلحق من لا يعرف له نسب، لحقه، إن لم يعلم أنه ملك أمة بشراء أو نكاح، وكذلك إن استلحق عبده أو أمته إلّا أن يتبين كذبه ؛ أو يكون له أب معروف، أو هو محمول من بلد يعلم أنه لم يدخلها، أو تشهد بينة بأن أمه لم تزل زوجة لغير المقر حتى ماتت، فإن قالوا: لم تزل أمة، فلا أدرى ما هذا، فلعله تزوجها، أو تلد بعد شرائها بأيام، فلا يلحق به، ولا يحد؛ لأنه لم يعترف بالزنى بل كذب فى النسب.

وإن كانت له زوجة، ثم ابتاعها حاملًا، فتصح دعواه، وإن قصرت هذه المدة: مدة الشراء.

فى التنبيهات: اختلفت الرواية فى المحمول من بلاد، فرواية علم عدم الدخول، ورواية لم يعلم أنه دخلها، فعلى هذه. لا يصدق منع الشك؛ كالعالم، وقيل فى الأمة والزوجة لم تزل للغير، ولا فرق إذا لم يكن نسب معروف.

قال بعض الشيوخ: يؤخذ من مسألة المحمول: أن المحمولين يصح لهم الاستلحاق، ويصدقون ويكلفون البينة إذا ادعوا غير ذلك من القرابة.

ومنع القاضى عبد الوهاب، وابن القصار قبول قول الحملاء فى الولد وغيره.

قال: وهوظاهر المدونة.

وإذا عتقوا وادعى بعضهم قرابة بعض:

فقيل: لا يصدقون فى غير الولد.

وقيل: بعدم الفرق. وأفتى القاضى ابن سهل بإلزام النفقة للأب أوالابن وإن لم يتوارثا؛ مؤاخذة بالإقرار، وترد شهادة بعضهم لبعض.

وفى الواضحة[1]: إن اشترى أباه وهو مولود فى الشرك، لم يعتق عليه وإن

---

(١) فى أ: وفى الوا.

استحب، وهو يعارض ما تقدم.

قال التونسى: لم يعمل ابن القاسم قول مدعى اللقيط إلّا أن يكون لدعواه وجه؛ كمن لا يعيش له ولد فسمع قول الناس: إذا طرح عاش، ونحوه، ويلزمه أن يقبل قوله؛ لأنه ليس له نسب معروف، ولم يتبين كذبه، وإذا ادعى النصرانى اللقيط فى بلد الإسلام، صدق إذا كان له وجه كما تقدم، ويكون على دينه.

قال اللخمى: إذا قال: ملكت أمه قبل هذا الملك، وشهد شاهدان: أنها حينئذ كانت ملك غيره، لم يصدق ولا يعتق عليه، قاله سحنون.

قال: أرى أن يعتق، وتكون أم ولد؛ لأن الشهادة لا يقطع بصدقها، وهو مكذب لبينته، وإن لم يعلم هل ملكها أم لا، صدق عند ابن القاسم، ولم يصدق على قول سحنون؛ لأنها لم تثبت أنها فراشه، وإن كذبه سيدها لم يصدق.

وأصل مالك: تصديقه فى كل موطن يشكل أمره، والحرة والأمة فى ذلك سواء إذا لم يكن له نسب معروف.

فرع: فى الكتاب: إذا ولد عبدك[1] فأعتقته فاستلحقته بعد طول الزمان، لحقك، وإن أكذبك، وإن استلحقت صبيًا فى ملك غيرك أوبعد أن اعتقه غيرك، فأكذبك الحائز؛ لرقه أو لولائه- لم تصدق إلّا ببينة؛ لقوة خصمك بالحوز، وكذلك ابن أمة لرجل ادعيت نكاحها وأكذبك السيد، إلّا أن تشتريه فيلحق بك، كمن ردت[2] شهادته بعتق، ثم ابتاعه، وإن اشتريت الأم، لم تكن به أم ولد؛ لأنك أولدتها فى ملك غيرك، وإن أعتق السيد الولد قبل أن يبتاعه مستلحقه، لم يثبت نسبه ولا موارثته إلا ببينة؛ لثبوت الولد للسيد، فإن باع أمة فعتقت، لم يصدق البائع أنه أولدها إلا ببينة.

قال فى النكت: قال بعض القرويين: إذا لم يقبل قوله فى ولد الأمة المبيعة حاملًا ولم يرد، رد الولد بما ينوبه، بأن يقوم العبد على هيئته[3] الآن، ثم تقوم الأم بلا ولد، فيرد من الثمن حصة الولد.

قال ابن يونس: قال أشهب: إذا أعتقه السيد قبل الاستلحاق، لحق بالمستلحق،

---

(١) فى أ: عندك.
(٢) فى ط: رددت.
(٣) فى أ: العقد على هيئة.

وولده للسيد، ومتى عتق ورث أباه، وورثه أبوه، وإذا لم يقبل قوله فى المبيعة بعد عتقها، قبل فى الولد، ويلحق به الولد، ويرد الثمن لإقراره أنه ثمن أم ولد، ولو أعتق الولد خاصة لثبت الولاء لمعتقه، ولحق الولد بمستلحقه، وورثه، وأخذ الأم إن لم يتهم فيها بزناه بها، ورد الثمن، وإن اتهم لم ترد له.

وقال أبو محمد، وغيره: لا يرد الثمن إذا اتهم، هذا إذا كان الولد يوم البيع حملًا لازمًا؛ لأن البائع لم يأخذ حصة فيردها، والمشترى قد أعتقه فلا حجة له، ولو لم يعتقه لكان له حجة، ولو كان مولودًا بيع معها، لرد حصته من الثمن، ولا حجة على المبتاع فى عتق الولد؛ كعتق الأم، ويرد البائع الثمن؛ لأنها أم ولد، وإن ادعاه بعد عتق المبتاع الأم، مضى العتق، ولحق به الولد، وبقى الولاء للمعتق، ويرد الثمن لمن استلحقه بعد موتهما.

وعن ابن القاسم: إن باع من ولد عبده فأعتقه المبتاع، ثم استلحقه البائع، صدق إن لم يتبين كذبه.

قال سحنون: وهذه المسألة أعدل فى هذا الأصل.

وعن أشهب: إن باعها وولدها وقد ولدت عنده أو عند المبتاع لما تلد له النساء، ولم يطأها المبتاع ولا زوج، أوباع الولد دونها فاستلحق الولد وهو وأمه عند المبتاع أو أحدهما، وقد أحدث فى أحدهما عتقًا أو كتابة أو تدبيرًا، أو لم يحدث- انتقض ذلك وردا أو أحدهما للبائع، ويرد الثمن.

فإن كان عديما:

فقيل: يتبع بالولد دينًا.

وقال مالك: يرد إليه الولد خاصة بحصته من الثمن لثبوت نسبه، ولا ترد الأم لتهمته فى ردها للمتعة بغير ثمن.

وقال سحنون: إن استلحقه بعد أن مات، وصدقه المشترى وقد أعتق الأم[1]، أو دبر أو كاتب أو أولد، فلا ترد إليه، وإن لم يحدث ذلك، ردها وأخذ الثمن، وإن كذبه لم يرجع بشىء، واستحسن إن صدقه وقد أعتق أو دبر أو أولد الرجوع بالثمن، وتبقى على حالها، وفى الكتابة تسأل هى، فإن أقرت به انتقضت الكتابة، وعادت أم

---

(١) فى أ: أم لا.

ولد، ورد الثمن، وإلّا أدت الكتابة وعتقت؛ لأن الحق لها فى الكتابة، ويرجع المبتاع بالثمن وما أدت من الكتابة، وإن استلحق ولد أمة عبده، لحقه إن ولدته فى ملك عبده، لم ينسبه العبد لنفسه، وتكون أم ولد له، وإن ولدته فى ملك غير العبد لحقه أيضا، والأمة ملك للعبد إن تركها له السيد، وكذلك أمة مدبره.

ومعنى: ولدته فى غير ملك العبد: أن العبد اشتراها وولدها فادعى السيد أنه كان تزوجها عند البائع من العبد.

وأما أمة مكاتبه: فإن لم يدعه لحق بالسيد، وأدى قيمة أمه للمكاتب، وكانت به أم ولد.

وإن ولدته فى غير ملك المكاتب، انتظر المكاتب، إن عجز لحق الولد بالسيد، ولا تكون أم ولدٌ وإن عتق المكاتب وصدقه سيده، ولحق عند ابن القاسم، وإن استلحق ولد أمة ولده، لحقه إن لم يدعه الولد، ويغرم قيمة الأم فى ملائه وعدمه، وهى له أم ولد، وإن ولدته فى غير ملك الولد، فأمه أمة للولد، وعتق الولد على أخيه، وأما أمة والده فهى كأمة الأجنبى، وإن استلحقه بما يجوز، وصدقه الأب على عتقه، لحق، ولا تكون له أم ولد، وإن لم تصدقه، لم يلحق به إلّا أن يملكه يومًا ما، وإن استلحقه بما لا يجوز به الاستلحاق، لم يلحق، وحد إن ثبت على قوله.

فإن استلحق الجد ولد أمة ابنه:

فقيل: كالأب فى الحرمة ودرء الحد.

وقيل: ذلك فى الأب وحده.

إن بيعت أمة فشهدت بينة أن البائع كان أقر قبل البيع بإيلادها، رجعت إليه مع قيمة ولد إن حدث عند المبتاع، فإن ماتت رجع بالثمن على البائع، وأدى إليه قيمة الولد، ويتقاصان، فإن مات البائع قبل موتها عتقت من يوم موته، فإن أصابها المبتاع بعد ذلك، لزمه صداق المثل عند المغيرة دون ابن القاسم، ويرجع بالثمن فى مال الميت.

وإن كان المشترى عبدًا مأذونا، ردت أم ولد، ورد معها ولد العبد فيكون بمنزلتها، ولا يوطأ شىء من بناتها بملك اليمين؛ لأنهن معتقات الى أجل، قاله سحنون.

قال: انظر قوله: لا يوطأن بملك اليمين؛ لأنهن يملكهن غير سيد أمهن، وليس كذلك، وهو لا يطؤهن؛ لأنهن كالربائب المدخول بأمهاتهن.

فرع:

قال سحنون: إن قال فى ثلاثة من أمته: أحدهم ولدى [ومات][1]، عتق الصغير جزمًا؛ لأن المستلحق إن كان الكبير، عتق الأوسط والصغير، أو الأوسط، فالصغير حر، أو الصغير، فالكبير والأوسط عبدان.

وعن المغيرة: يعتق الصغير وثلثا الأوسط وثلث الأكبر؛ لأنه إن كان الأكبر، فالجميع أحرار، أو الأوسط فهو والصغير حران، أو الصغير، عتق وحده، فيعتق الأوسط فى حالتين، والأكبر فى حالة.

وقال ابن عبد الحكم: يعتقون كلهم بالشك.

وإن أقر بإحدى بناتها عند الموت ونسيت البينة والورثة اسمها:

قال سحنون: إن أقر الورثة بذلك، عتقن وأخذن ميراث واحدة يقسم بينهن، ولا يلحقه نسب واحدة منهن.

فرع:

فى الكتاب: إذا بيعت مع والدها أو وحدها فولدت عنده لما يلحق فيه النسب، ولم يدعه وادعاه البائع- لحقه، ورد الثمن إن لم يتهم.

قال ابن يونس: قال محمد: لا تهمة فى هذا إن كان مليًا والولد معها.

قال ابن القاسم: قد يتهم بمحبتها فيرد الولد وحده بحصته، وترد هى بشرط سلامته من العدم والمحبة فيها.

وعن مالك: يصدق فيها وإن أعدم؛ لأنه لا تهمة فى الإقرار بالنسب، وهذا لم يعرف مسيسه إياها إلّا بقوله اليوم، أما إن أقر به قبل البيع، فيصدق فى عدمه.

فرع:

فى الكتاب: إن ادعى الملتقط اللقيط، لم يصدق إلّا أن يكون لدعواه وجه بأن يعرف بألا يعيش له ولد، وزعم أنه رماه لقول الناس: إن طرح عاش.

وقال غيره: لا تصدق فيه دعوى أحد إلّا بينة؛ لتعلق حق المسلمين بميراثه.

---

(١) سقط فى أ.

فإن صدقه اللقيط:

قال ابن القاسم: أراه شاهدًا، ولا يجوز مع اليمين فى النسب.

قال ابن القاسم: ولا يقبل فيه غير الملتقط إلّا كما تقدم.

وقال أشهب: تقبل دعواه، كان الملتقط أو غيره، إلّا أن يتبين كذبه كغير اللقيط.

قال ابن يونس: خالف ابن القاسم، وأشهب أصليهما فى الاستلحاق؛ لقول ابن القاسم: إن استلحق من لم يولد عنده، ولا علم ملكه لأمه، ولا زواجه لها، ولا تبين كذبه- لحق به، فيلزمه تصديق الملتقط؛ ولقول أشهب: لا يلحقه حتى يكون أصل الحمل عنده، أو بعد خروج أمة[1] من عنده، لمثل ما يلحق به النسب.

ويحتمل أن يكون هذا من ابن القاسم على قوله الذى يوافق فيه أشهب فى الاستلحاق، أو الفرق بأن ولاء اللقيط للمسلمين، فهو كالنسب المجوز، وأما أشهب فيحتمل أن يكون هذا منه على قوله: إن استلحق من أعتقه غيره، أو هو فى ملكه، لحقه، إلّا أن ولاء المعتق لسيده، ومتى عتق ورث أباه.

قال ابن القاسم: لا تصدق المرأة فى اللقيط وإن جاءت بما يشبه من العذر؛ لأنها تلحق بالغير.

وقال أشهب: تصدق، وإن قالت: من زنى حتى يعلم كذبها؛ كالرجل.

قال محمد: إن ادعته من زنى، صدقت، وحدت، أو من زوج، فلا، إلّا أن يقر به الزوج فيلحق به.

قال محمد: وأحسن ما بلغنى: إن كان لها زوج حاضر، لحق به إلّا أن ينفيه بلعان، وإن قدما من بلد، لم يقبل قولها إلّا أن يقر به الزوج فيلحق به.

فرع:

فى الكتاب: إن التقطه مسلم وادعاه نصرانى وشهد له مسلمون، صدق، وهو على دينه، إلّا أن يسلم قبل ذلك ويعقل الإسلام.

قال ابن يونس: قال محمد: إن التقطه عبد ونصرانى وعليه زى النصارى، فهو حر مسلم؛ تغليبًا لشرف الإسلام، إلّاأن يلتقطه فى قرى الشرك، فهو مشرك، تغليبًا للدار.

---

(١) فى أ: أمه.

فى كتاب تضمين الصناع: إن التقطه النصرانى فى قرى الإسلام، فهو مسلم، أو فى قرى الشرك، فهو مشرك، أو فى قرية ليس فيها الّا ثلاثة أو اثنان مسلمون، والملتقط نصرانى، فهو نصرانى، أو مسلم، فهو مسلم.

وقال أشهب: بل هو مسلم مطلقًا، وإن[1] التقطه مسلم فى قرى الشرك فكذلك.

فرع:

فى الكتاب: إن كانت [أمة][2] بين حرين أو عبدين أو أحدهما، أو ذمى ومسلم وطآها فى طهر وأتت بولد:

قال ابن يونس: يريد: لستة أشهرمن يوم وطء الثانى، وادعياه- دعى له القافة، فمن ألحقوه به، لحقه، فإن أشركوهما فيه وَالَى إذا كبرأيهما شاء، وقاله عمر -رضى الله عنه-: فإن والى الذمى، لحق به، والولد مسلم؛ لاشتراكهما فيه.

وعن ابن القاسم: لا يوالى أيهما شاء ويبقى ابنًا لهما، ولا يزول النسب لشهوة الولد، ويرث من كل واحد نصف الميراث.

وقال مطرف: تلحقه القافة بأولاهما شبهًا ولا يخير فى الموالاة.

قال مالك: والقائف الواحد العدل، يجزئ، وأجازه عمر، رضى الله عنه.

وعن مالك: لا بد من اثنين؛ كالشهادة، فإن تعذرت القافة بعد الاجتهاد، والى بعد بلوغه أيهما شاء، وهو أولى من قول من قال: يوقف حتى توجد القافة.

قال مالك: وإنما القافة فى وطء الملك، أما فى الزواج، فهو للأول، إلّا أن ينكح بعد حيضة، فللآخر إن وضعته لستة أشهر فأكثر. والفرق: أنها إنما يحكم بها عند تساوى الفراشين، وهو فى الإماء لتساوى الملك، وكذلك حكم به عمر رضى الله عنه- فى الجاهلية لتساويهما، وكذلك إذا وطئها البائع والمبتاع فى طهر، والحرة لا تكون امرأة لاثنين فى حالة واحدة؛ ولأن ولد الحرة ينتفى بغير اللعان، والقيافة اجتهاد، فقام مقام النفى بمجرد القول.

وعن مالك: إلحاق الحرائر بالإماء؛ لأن القيافة علم فلا يختلف، وهو أقيس، والأول أحوط.

---

(١) فى أ: إن.
(٢) سقط فى أ.

قال سحنون: فإن قالت: ليس لواحد منهما، طلب له الآخرون، ثم آخرون أبدًا؛ لأنها دعيت له آخرون لتلحق، لا لتنفى.

قال ابن القاسم: وإن قالت القافة: اشتركا فيه، عتقت عليهما الأمة مكانها، ويوالى الصبى إذا بلغ من شاء، وإن مات - حيث قلنا بالموالاة - عن مال وهب له، أو ورثه، فهو بينهما نصفان، كانا حرين أوعبدين، أوأحدهما، أو ذميا ومسلمًا، فإن مات الأبوان قبل بلوغه، وقف قدر ميراثه منهما حتى يبلغ فيوالى من شاء، ويرثه ويرد ما وقف للآخر.

قال عبد الملك: يبقى[1] لا أب له، وتعتق الأمة عليهما، وإنما ورثهما منه، ولم يورثه منهما؛ لأنهما تداعيا ميراثه، والتداعى لا بد فيه من القضاء بخلافه.

قال أصبغ: يرث من كل واحد نصف ميراث ولد، وهو توريث بالشك، فإن مات أحدهما وقف ميراثه للصبى فإن مات الصبى بعد موت أحدهما، وميراثه منه موقوف، فميراث الصبى للأب الباقى، ويرد ما وقف من الأول لورثته.

قال ابن القاسم: ولو دخل الباقى فيما يورث عن الأب، لدخل ورثته فى ميراث الصبى.

قال سحنون: فى مال الصبى: يرث الباقى ما ترك الصبى ونصف ما ورث الصبى من الأول ويصبح للصبى من الأول نصف ما بقى وقف له[2]، وإن كان للوصى الأول عصبة ورثت مع الباقى ما تركه الصبى.

قال سحنون: وإن وقف له ميراثه فمات الصبى قبل الموالاة، فنصف ميراثه من كل أب مورث عنه لورثته من قبل أبويه جميعًا، لكل فريق نصف ميراثه يقتسمونه على الفرائض.

قال ابن القاسم: إذا مات بعدهما ورد ما كان وقف له من ميراثهما إلى ورثتهما دونه، وميراثه لمن يرثه من الأبوين جميعًا، أقعد الناس به منهما، نصف لكل فريق منها على قدر تعددهم بالصبى.

قال عيسى بن دينار: والنفقة عليه إلى حين بلوغه الموالاة على الشريكين، فإذا

(١) فى أ: فبقى.
(٢) فى أ: نصف ما وقف له.

والى أحدهما، فلا يرجع عليه الذى لم يواله بشىء.

وقال أصبغ: ينفق المشترى حتى يبلغ، فإن والاه فذلك، أو البائع رجع.

وقال ابن عبد الحكم: ينفق الشريكان، فإن مات أحدهما، أنفق عليه مما أوقف منه له النصف، والنصف على الحى، فإن ماتا قبله وأوقف له ميراث منهما فوالاهما جميعًا، أخذ النصف من كل واحد، وعصبة كل واحد النصف.

وقال عبد الملك: إن مات قبل الموالاة، فماله[(١)] بين الأبوين نصفان، أو ماتا قبله بقى لا أب له، ولم يرثهما.

قال سحنون: إن مات الصبى وترك ولدًا قبل أن يوالى، وهما حيان، فلولده أن يوالى، أو ولدين، واليا جميعًا واحدًا ولا يفترقا؛ كما كان لأبيهما.

وقال ابن القاسم: إن وضعت من وطئها توأمين، واليا من أحبا، ولكل واحد من الابنين أن يوالى من شاء من الأبوين.

قال سحنون: إذا قالت القافة فى التوأمين: هذا من هذا، والآخر من الآخر، فإن كان الأول مليًا، قومت عليه، وهى أم ولد له، ويغرم نصف قيمتها يوم حملت ويرجع على الثانى بقيمة ولده، [وكانت له أم ولد، وإن كان الأول معدمًا، رجع عليه الثانى بنصف قيمة ولده][(٢)] ولا يرجع هو على الثانى بشىء.

وقيل: يرجع وتعتق عليهما الأمة؛ لأنهما استولداها.

قال سحنون: إن كانا حرًا وعبدًا فوطآها فى طهر، فألحقت القافة الولد بالعبد، فللحر أن يضمن للعبد قيمة نصيبه يوم الوطء، أو يتماسك، لأنها لا تخرج من رق إلى عتق؛ كما لو وطئها أحد الحرين ولم تحمل، وله نصف ولد العبد رقيقًا.

وفى العتبية: إن ألحقته القافة بهما عتق على الحر؛ لأنه عتق عليه نصفه فيقوم عليه باقيه ويغرم لسيد العبد ويقوم عليه نصيب العبد من الأمة، ويصير له نصفها رقيقًا، ونصفها أم ولد، وإن أولدها بعد ملكه لجميعها، كملت أم ولد، وإذا بلغ الصبى والى أيهما شاء، وإن والى العبد فهو ابن له[(٣)]، وهو حر، فإن عتق العبد، ورثه، فإن قالت القافة: اشتركا فيه، عتق نصيب الحر من الأمة، ونصيب العبد مقام

(١) فى أ: ناله.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: أحد له.

أم ولد، توقف بيده لا يطأها ولا يبيعها إلا بإذن السيد، وتباع لغرمائه فى دينه، فإن كبر الصبى ووالى الحر، لحق به، وغرم نصف قيمته لسيد العبد، أو والى العبد، لحقه، وبقى نصفه رقيقًا لسيد العبد، ونصفه حرًا ولا يقوم على الحر؛ لأنه ليس يعتق أبدًا، بل حكم لزمه؛ كما لو ورث نصفه.

وإن كان أحدهما مسلمًا وألحقته القافة به، فهو على دينه، والأمة أم ولد له، ويغرم نصف قيمتها للكافر، أو ألحقته بالكافر فهو على دينه، والأمة أم ولد له، ويغرم نصف قيمتها للمسلم، فإن كانت كافرة أقرت عنده أم ولد، أو مسلمة عتقت عليه، وإن قالت القافة: اشتركا فيه، فالأمة أم ولد معتقة بينهما، والولد موقوف حتى يبلغ فيوالى المسلم فيكون على دينه، أو الكافر فهو ولده، ولا يترك على دينه فإن مات الكافر قبل بلوغ الصبى وقف له قدر ميراثه منه إن والاه أخذه، أو المسلم، رد الموقوف لورثة الكافر، فإن ماتا قبل بلوغه وقف قدر ميراثه منهما، أيهما والى أخذ ميراثه، وجبر على الإسلام على التقديرين، قاله كله أصبغ، وهو استحسان لا قياس، فإن مات قبل موتهما وقبل البلوغ، رد ما وقف لورثتهما، فإن ورث مالًا وهب له أو ورثه، فنصفه لعصبة أبيه المسلم بعد فرض ذوى الفروض، فإن لم يكن لأبيه وارث مسلم فلبيت المال.

فإن حملت مسلمة من ثلاثة: عبد، ومسلم، وكافر، وأشركتهم القافة فيه، عتقت على المسلم والنصرانى، وقوم عليهما نصيب العبد، فإن كانت نصرانية عتق جميعها على الحر المسلم، وقوم عليه نصيبهما.

وإن نفته القافة عنهم دفع أبدًا الى غيرهم، فإن أقر الآباء بالوطء فى طهر، والى أيهم شاء، وتبعه[1] بأمة إذا وضعته لستة أشهر من وطء أحدهم، ادعوه أم لا أو ادعاه أحدهم وأنكره غيره، فيكشف عن وطء المنكر، فإن كان وطؤه يمكن فيه الإنزال، اشتركوا فيه.

فرع:

فى الكتاب: إن وطئها أحد الشريكين والآخر فى طهر بعده، فالولد للآخر إن وضعته لستة أشهر من وطئه، وغرم فى ملائه لشريكه نصف قيمتها يوم الوطء

---

(١) فى أ: وتتبعه إذا وضعته.

ولا شيء عليه من قيمة الولد[١] فى ملائه، وإن كان عديمًا فنصف قيمة الأم يوم حملها مع نصف قيمة الولد، ويبع عليه نصفها فى نصف قيمتها، فإن كان ثمنه كفافًا، اتبعه بنصف قيمة الولد، أو أنقص، أتبعه بما نقص.

قال ابن يونس: يريد: أو فيه فضل، لم يتبع إلّا بما بقى من نصف قيمتها، وباقيها بحساب أم الولد، واتبع بنصف قيمة الولد، والولد حر لاحق النسب.

وفى الكتاب: إن وطئ أمته فباعها فوطئها المبتاع فى ذلك الطهر وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم البيع، فهى أم ولد له، أو لستة أشهر فأكثر فادعياه، دعى له القافة.

قال ابن يونس: قال يحيى بن سعيد: إن أسقطت، عتقت عليهما وقضى بالثمن عليهما، وجلدا خمسين[٢] خمسين، وكذلك إن ماتت قبل الوضع، مصيبتها منهما.

وقال مطرف: مصيبتها من البائع، طال الحمل أو لم يطل، ويأخذ المبتاع ماله ويعاقب إن لم يعذر بجهل، فإن أقر المشترى وأنكر البائع الوطء فأوقفها الإمام فماتت قبل تبين الحمل أو قبل ستة أشهر ؛ فالمصيبة من البائع، وبعد ستة أشهر، يلحق المشترى، ولدت أم لا، ماتت أم لا، ولا ينظر له القافة إذا لم يقر البائع بالوطء، فإن وطآها فى طهر وماتت قبل تبين الحمل أو بعده، فهو من البائع، بخلاف الأمة بين الشريكين يطآنها[٣] فى طهر، ثم يموت بعد بيان الحمل أو قبله، مصيبتها منهما، فإن وضعت لأقل من ستة من وطء المتبايعين فى طهر واحد، [فهى من البائع][٤]، كان سقطًا أو تامًا، حيًا أو ميتًا، وهو ولد له وهى أم ولد، أو لستة أشهر من وطء المبتاع، أو بعد نقصانها بالأهلة، تقارب الوطآن فى ذلك أم لا، أو وطء هذا اليوم، وهذا غدًا، والولد سقط أو تام، أى: من المبتاع، والولد له، وهى له أم ولد، ولا قافة فى الأموات، وإن كان حيًا دعى له القافة.

وقال سحنون: إن مات بعد الوضع دعى له القافة لأن الموت لا يغير شخصه.

وقال فى كتاب ابنه: إذا وطئها الشريكان أوالمبتاعان وتموت قبل الوضع،

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: خمسين خمسين خمسين.
(٣) فى أ: يطأها.
(٤) سقط فى أ.

فضمانها منهما وعلى المشترى الأكثر من نصف قيمتها يوم وطئها، أو نصف الثمن، وإن أسقطت قبل ستة أشهر أو بعدها، عتقت عليهما ويضمن المشترى الأكثر، وإن مات أحد الأبوين قبل القافة فألحقوه[1] بالحى لحق.

قال عبد الملك: وإلَّا لم يلحق بالميت [لعل القافة لو كان حيًا نفته عنهما.

وقال ابن حبيب: يلحق بالميت][2] إذا برئ منه الحى للحصر، وتعتق الأمة بموت الأول على أنها أم ولد، فإن أشركته من الحى والميت وورث من الحى نصف ميراثه إن مات قبل أن يواليه، فإن بلغ ووالاه، فهو ابنه، وله ميراثه كله، ولا يرث من الميت الأول شيئًا؛ لأنها لا تلحق [بابنه][3] ميت.

وفى الكتاب: إن وطئها المشترى بعد الاستبراء، لحق الولد إن ولدته لستة أشهر من وطئه، أو لا، فلا يلحق به، وإن ادعاه؛ لتبين كذبه، ولا يحد، ويلحق بالبائع، إلَّا أن يدعى استبراء.

وفى الكتاب: إن تزوجت المطلقة قبل حيضة، لحق بالأول؛ لأن الولد للفراش، والثانى فراشه فاسد أو بعد حيضة، لحق بالآخر أو وضعته لستة أشهر، وإن وطئ أحد الشريكين فلم تحمل، خير الشريك فى التمسك[4] بنصيبه، أو اتباع الواطئ بنصف قيمتها يوم الوطء، لأنه حائز بالوطء لو ماتت، حملت أم لا، ولا حد على الواطئ ولا عقوبة للشبهة؛ وكذلك إن تماسك، ولا صداق له، ولا ما نقصها؛ لأن القيمة وجبت له فتركها، وإن حملت قومت على الواطئ يوم الحمل إن كان مليًا؛ لأنه أفاتها بالحمل لما دخل فيها من العتق.

قال محمد: إن شاء قومها عليه يوم الحمل أو يوم الوطء.

وفى الكتاب: لا تماسك لشريكه إن كان الواطئ مليًا، ويلحق الولد بأبيه، وهى به أم ولد، فإن كان عديمًا فهى له أم ولد، ويتبع بنصف قيمتها، ولا قيمة عليه فى الولد.

قال ابن القاسم فى أحد قوليه: وبه آخذ: أن يقوم نصفها يوم حملت، ويباع عليه

---

(١) فى د: فألقوه.
(٢) سقط فى أ.
(٣) بياض فى أ.
(٤) فى أ: والتمسك.

نصفها بعد الوضع.

وقال سحنون: لا شيء عليه فى قيمة الولد إن اختار قيمتها؛ لأن الولد جاء بعد أن ضمنه القيمة.

قال ابن القاسم: لا يباع الولد وهو حر، وإن شاء تماسك بنصيبه، واتبعه بنصف قيمة الولد؛ لأن نصيبه منه حر، ويكمل عليه بقيمته يوم الوضع.

واختلف قوله: هل يتبع بنصف ما نقصتها الولادة من ثمنها إن باع نصيبه بأقل مما كانت تساوى بسبب ما نقصها؟

قال محمد: وهو الصواب، أو لا يتبعه؛ لأن القيمة وجبت له فتركها.

وفى الكتاب: يعتق عليه نصف الأمة الذى بقى فى يديه؛ لعدم انتفاعه به؛ كما لو أولد أمة فإذا هى أخت رضاعة لحقه الولد، ولا خدمة له فيها.

وعنه: لا تعتق عليه؛ لعله يملك باقيها فتحل له، واختاره محمد.

وفى الكتاب: قال غيره: إن ولدت من أحد الشريكين، يعاقب إن لم يعذر بجهل؛ لأنه عاص، وتقوم عليه إن كان مليًا، أو يخير الشريك بين التمسك بنصيبه ويتبعه بنصف قيمة الولد إن كان عديمًا، وليس كالمعتق شقصه من عبد لا يضمنه شريكه؛ لأنه إنما أعتق نصيبه، وهذا وطء النصيبين، وإن تماسك بنصيبه وترك تضمينه للواطئ لعدمه، ثم أراده بعد يسره، او أراده الواطئ وأباه المتمسك- لم يلزم الممتنع[1] منهما.

قال محمد: إن كان الواطئ أبا أحد الشريكين، فهو كالشريك نفسه فى جميع ما تقدم، غير أن ابنه يتبعه بقيمة نصيبه مع ما يتبعه الشريك من نصف قيمة الولد ونصف ما نقصتها ولادته إن كان معدمًا، فإن أعتق أحد الشريكين حصته، ولم يقوم عليه فى اليسار حتى أحبلها الثانى:

قال محمد: عتقت ساعة حملت، ولحق الولد بلا قيمة.

وقيل: يقوم على المعتق الأول، ويغرم له هذا نصف ما نقصها، ونصف قيمة الولد.

قال: وهو وهم، وولاء الولد لأبيه.

---

(١) فى أ: الممتع.

وقيل: نصفه لمعتق نصف الأم كنصف ولاء الأم، وهو وهم. لأن المعتقة إذا حملت بنكاح ليس من المعتق من ولاء الولد شيء.

قال ابن القاسم: إذا حملت من الشريك ووضعت فى عدمه، فلزمه نصف قيمة الولد يوم وضعته، ونصف ما نقصها، وبقى نصفها بحساب أم ولد، فوطئها الثانى فأحبلها، عتقت مكانها يوم حملت، ولا يتبع الثانى فى الولد بشيء، وإن[1] كان مليًا.

وقيل: إن لم ينظر فى الثانى حتى وضعت، فإنه يكون على الثانى غرم نصف قيمة ولدها، موسرًا كان أم لا.

وقال عبد الملك: إن حكم على الأول فأحبلها الثانى، فعليه قيمة الولد على أنه ولد أم ولد، على الرجاء والخوف؛ لأن نصفها للأول بحساب أم الولد، وإذا أحبلها الثانى غرم فى الولد قدر حصته من الأم.

قال محمد: وإن لم ينظر فى الولد الأول حتى أولد الثانى، عتقت عليهما، ولا شيء على الأول ولا الثانى فى الولد ولا غيره؛ لأن الأول يقول: قوموا على نصيب صاحبى يوم وطئت، حتى لا يلزمه للولد قيمة، ويتعذر[2] ذلك لفوتها الحمل الثانى فتعتق عليهما.

قال ابن القاسم: إذا ولدت من الأول فأولدها الثانى، فإن كان الأول مليًا، غرم نصف قيمتها فقط، وبقيت له أم ولد، [وإن نكل][3] ونكل الثانى أكثر ولحقه الولد.

قال سحنون: وعلى الأول نصف قيمة الولد على أنه ولد أم ولد.

يقاص بذلك فيما لزمه من نصف قيمة الأم.

قال ابن يونس: والصواب: أن على الثانى قيمة الولد كاملة، على أنه ولد أم ولد؛ لأن الأول قد لزمه نصف قيمة الولد يوم أحبلها ووطئ الثانى أم ولد الأول.

قال ابن القاسم، وإن لم يكن للأول مال، لم يقوم على واحد منهما، وعتقت عليهما، ولحق بهما أولادها.

قال سحنون: ويكون للثانى على الأول نصف قيمة ولده على أنه رقيق ولا شيء

(١) فى أ: فإن.
(٢) فى أ: ويتقدر.
(٣) سقط فى أ.

على الثانى فى ولده.

وعنه: على الثانى نصف قيمة ولده على أنه ولد أم ولد.

وإن ولدت من الأول، ثم من الثانى، وهو لا يعلم، ثم من الثالث، وهو لا يعلم - ضمنها الأول، وهى به أم ولد، وعليه لشركائه ثلثًا قيمتها يوم وطئ، وعلى كل واحد من شريكيه له قيمة ولد أم ولد، فيتقاصون، فإن كان الأول عديمًا، عتق نصيبه، وعليه ثلثا قيمته ولده، وفاء[1] لشركائه، وعلى الثانى ثلث قيمة ولده رقًّا للثالث.

ولا شىء على الأول، لأن نصيبه من الأمة يوم وطئ الثانى حر، ويعتق نصيب الثانى والثالث عليهما، ولا شىء على الثالث فى قيمة ولده للأولين؛ لأن باستقرار نطفة الثانى عتق نصيب الأول، ولا قيمة له فى ولدها من الثانى، وعلى قول عبد الملك: للأول على الثانى ثلث قيمة ولده على أنه ولد أم ولد. وعليه للثالث ثلث قيمة ولده، على أنه ولد أم ولد.

قال سحنون: فإن لم يطأها الثالث والأول ملىء، غرم لشركائه ثلثى قيمتها يوم الوطء، وأخذ من الثانى قيمة ولده ولد أم ولد، أو الأول عديم، عتق عليه نصيبه ونصيب الثانى، وعلى الأول ثلثا قيمة ولده عبدًا لشريكيه، وعلى الثانى ثلث قيمة ولد[2] الثالث [الذى لم يطأ، ويبقى ثلثاها للثالث رقيقًا، وإن ضمن الأول قيمة الأمة][3]، وأتبعه بذلك، فإن ضمنه عتق ثلثا الأمة على الأول، وعتق نصيب الثانى عليه بالولد وغرم الثانى للأول ثلث قيمة ولد أم ولد من سبب هذا الثانى الذى قوم عليه، وعلى الأول للثانى ثلث قيمة ولده رقيقًا [فيتقاصان][4]، ولا يقوم الثالث على الثانى فى عدم الأول، لأنه لم يبتدئ فسادًا، فإن كانت مدبرة فأحبلها أحدهما، قومت عليه، وبقيت له أم ولد، فإن أعسر، خير شريكه فى اتباعه بنصف قيمتها وتصير له أم ولد، أو التماسك، ويتبعه بنصف قيمة الولد من يوم استهلاله، ولا يقوم عليه إن أيسر، فإن مات الواطئ عتق عليه نصيبه من رأس المال، وبقى نصيب الآخر

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: ولده.
(٣) سقط فى أ.
(٤) بياض فى أ.

مدبرًا، أو مات غير الواطئ وقد كان [تشبث بنصيبه وترك أن يضمنها شريكه وليس له مال](١) وعليه دين يرد التدبير، بيعت حصته للدين، فإن ابتاعها الواطئ في يسر حدث له حل له وطؤها، فإن مات عتق نصفها من رأس المال ورق النصف المشترى.

فإن أولدها ثلاثة أشراك، وطئها واحد بعد واحد، والأول مليء، فعليه لشريكيه ثلثا قيمتها أمة، وتكون أم ولد، ويرجع على كل واحد منهما بقيمة ولده، وله مدبرة على رجاء أن تعتق أو ترق، ويعتق على الثاني نصيبه، وعلى الثالث قيمة ولده، ويعتق نصيب الثالث، ولا شيء عليه في ولده لهما، وإن لم يطأ الثالث، قومت على الأول في ملائه، وتكون له أم ولد، [ويغرم ثلثي قيمتها لشريكه وعلى الثاني للأول قيمة ولده، ولد أم ولد](٢) وإن كان عديمًا عتق نصيبه، وللثالث إن شاء أن يقوم عليه ويتبعه، فإن فعل عتق ثلثها على الأول، وكان للأول على الثاني ثلث قيمة ولده ولد مدبرة من سبب هذا الثلث(٣) الذي قوم عليه للثالث، ويرجع الثاني على الأول بثلث قيمة ولده ولد مدبرة، ويعتق -أيضا- نصيب الثاني منهما، وإن تماسك الثالث بنصيبه، فليس له تقويم على الثاني، وله على الأول ثلث قيمة ولده، ولا على الثاني كذلك، ويكون للثاني على الأول ثلثا قيمة ولده، وليس للأول على الثاني من قيمة ولده شيء؛ لأن نصيبه فيها عتق قبل وطء الثاني.

وإن أولد معتقة إلى أجل ثلاثة بوطء متفاوت لا يعلم أحد بصنيع من قبله -عتقت عليهم كلهم؛ لتعذر وطئها، وإن كان الأول مليًا، عتقت عليهم في ملائهم وعدمهم، وعلى الأول لشريكيه ثلثا قيمة ولده على أنه معتق إلى أجل، وعلى الثاني للثالث ثلث قيمة ولده كذلك، ولا شيء على الثالث، ولا شيء للأول، ولو لم يولدها غير واحد، لم تقوم عليه، وعليه لصاحبيه ثلثا قيمة ولده، ولد معتقة إلى أجل.

وقال كثير من أصحابنا: إذا ولدت المعتقة إلى أجل، يعجل عتقها؛ لزوال الخدمة بالولادة، والوطء والعتق إلى أجل.

(١) سقط في ط.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: الثالث.

قال سحنون: وكذلك إذا أذن لمدبرة فى تدبير أمته، ثم أولدها السيد، عتقت؛ لأنها معتقة إلى أجل، فإن لم يطأ الثالث عتق نصيب الواطئين، وللثالث على [كل واحد بثلث قيمة ولده، والثانى على][1] الأول قيمة ثلث ولده، ويبقى نصيب الثالث معتقًا بيده إلى أجل، ولا شىء على الثانى للأول لأنه وطئ نصيبه وهو حر.

فلو كانت مكاتبة:

قال ابن القاسم: إن كان الأول مليًا، خيرت فى تعجيز نفسها، وتقوم على الأول، أو تتمادى، فإن قومت عليه غرم ثلثى قيمتها أمة لشريكيه، وصارت له أم ولد، وإن تمادت على كتابتها وأدت وأعتقت، والأول عديم، عتقت عليهم.

قال سحنون: إن كان لها مال ظاهر والأول ملىء، فليس له تعجيز نفسها ولتتماد[2] مكاتبته.

قال: إن وطئ الشريك مكاتبته واختارت التمادى، أخذت نصف قيمتها من الواطئ فوقفت، فإن أدت ردت القيمة إليه، وإن عجزت، بقيت له أم ولد وأخذ الآخر القيمة.

وفى الموازية: إنما يوقف نصف القيمة من الكتابة.

قال اللخمى: الواطآن إما من نكاح، أو ملك، أو نكاح ثم ملك، أو عكسه، أو نكاح ثم زنى، أو عكسه، أو ملك ثم زنى، أو عكسه، فهى ثمانية.

فإن كان نكاح ثم ملك: فهما كالناكحين، فيه قولان: هل للأول، أو تدعى له القافة؟

وعكسه كالملكين، تدعى له القافة قولًا واحدًا.

أو النكاح ثم الزنى، فالولد للزوج؛ لأنه فراش.

أو الملك ثم الزنى فالولد لملك اليمين؛ لأنه فراش، ولا ينفيه إلا بلعان؛ لعدم الزوجية، ولا بالقافة؛ لأن الزنى مع الملك لا قافة فيه؛ لعدم التساوى.

وفى الزنى ثم النكاح أو ملك، لحق الأول؛ كما [إذا][3] تقدم النكاح أو الملك، تأخر الزنى، وحيث دعيت القافة فأشركتهم فيه، فأربعة أقوال:

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: ولتمادى.
(٣) سقط فى أ.

قال مالك: يوالى من شاء، قاله عمر، رضى الله عنه.

وقال عبد الملك: يلحق بأقواهم شبهًا. لأن النسب لا يبطل [بالشهوات][١].

وقال ابن مسلمة: إن عرف الأول، لحق به؛ لسبب تقدم؛ الحمل منه، فإن جهل فأقواهم شبهًا، وقيل: ابن لهما، لقول القافة.

وإن مات أحدهما قبل نظر القافة، والقافة تعرفه، فهما كالجنينين.

وإذا أتت بولدين فى بطنين فادعى أحد الشريكين الأكبر، والآخر الأصغر، صدقًا من غير قافة، أو ادعيا أحدهما، دعيت القافة، فإن كان الأكبر، فالأصغر ولد من تقول الأمة: إنه منه؛ لا تفاقهما بالأكبر على أنها صارت فراشًا وأم ولد، وأم الولد مصدقة، أو الأصغر، لم يقبل قولهما فى الأكبر، أو أتت بتوأمين فألحقتهما بأحدهما، أو قالت: اشتركا فيهما ، فالأمر كذلك، وإن وزعتهما عليهما، فقولان.

قال عبد الملك: يرق لهما، وقال سحنون: لا يرق.

فإن أيسر أولهما وطئا، فهى أم ولد له، وعليه نصف قيمتها يوم حملت، وعلى الثانى قيمة الولد، وله على الثانى قيمة جميع الولد، أو معسر فعليه نصف قيمة الولد، وله على الثانى مثل ذلك.

وقيل: لا شىء له عليه، وتعتق الأمة عليهما لتحريم وطئها عليهما، واختلف فى توأمى المسبية والمغتصبة والملاعنة هل يتوارثان بالأم والأب، أو بالأم فقط؟

ففى المدونة فى المرأة تحمل من العدو: التوأمان شقيقان.

وقال المغيرة: فى المسبية والملاعنة: يتوارثان بالأم؛ لعدم تيقن الأب.

وقال سحنون: شقيقان[٢]، لأن المسبية تحمل على أنها وطئت بالنكاح أو الملك، وإذا وطئ أحد الشريكين وهو معسر - اختلف فى خمسة مواضع:

الأول: هل يكون كالموسر ويخير الشريك على التقويم؟ أو يخير بين التقويم والتمسك.

والثانى: إذا خير فاختار التمسك، هل يتبع الواطئ بنصف قيمة الولد وبنصف ما نقصتها الولادة أم لا؟

والثالث: إذا خير فاختار التقويم، هل يكون له نصف قيمة الأم، ونصف قيمة

(١) بياض فى أ.
(٢) سقط فى أ.

الولد، أو نصف قيمة الأم خاصة.

والرابع: إذا ثبت التقويم، هل يتبعه بذلك فى الذمة ولا يباع منها شىء أو تباع؟

والخامس: إذا بيعت، هل يباع النصف أوبقدر الدين، وإن كان أكثر من النصف؟

ورجع مالك إلى أنه ليس كالموسر، ويخير فى التمسك والاتباع بنصف قيمة الولد، أو يقوم وله نصف قيمتها ونصف قيمة الولد، ويباع له نصفه خاصة فيما لزمه.

وقال ابن القاسم: إذا تمسك بيع نصف قيمةالولد ونقص الولادة.

وعن مالك: يخير فى التمسك بغير شىء فى الولد، أو يقومها عليه ويتبعه فى الذمة، وإن أحب بيع له نصفها.

وعن أشهب: يباع ما يوفى الدين وإن كان أكثر من النصف؛ لأنه لا يكون بعض أم الولد، ويتبع الواطئ الباقى إن أحب.

فى النكت: إن بيع نصفها فبلغت قيمتها أكثر مما لزمه، لا يباع منها من أجل نصف قيمة الولد التى لزمته شىء، لأن قيمة الولد دين عليه، فكما لا يقضى ديونه بثمنها لا يقضى قيمة الولد، وإنما يباع فيما لزمه من أجلها.

فى التنبيهات: إذا وطئها الثانى بعد الأول فى طهر آخر، فهل القيمة يوم الوطء أوالحمل؟ قولان فى الكتاب.

وعند التخيير، قال محمد: التخيير إذا وطئها مرات، وإلّا فيوم الحمل؛ لأنه يوم الوطء.

قيل: هذا تفسير المدونة وقيل: اختلاف فيما وقع.

وفى المعسر أربعة أقوال: أول أقواله: هى أم ولد، ويتبعه بنصف قيمتها دون قيمة نصف الولد؛ لأنه مجبور على التقويم.

وروى ابن القاسم: يباع نصفها فيما عليه فيها، ويتبعه بنصف قيمة الولد، أو تلزمه القيمةيوم الوطء، ولاتباع له فى القيمة، ولا شىء له على هذا فى الولد.

والرابع: أنها تكون أمة على حالها، رواه أشهب.

قال التونسى: إن حملت، وهو موسر، يخير فى وقت التقويم، هل يوم الحمل أو يوم الوطء إن اختلف الواطآن؟ وليس بنص خلاف، ويشبه أن يكون خلافًا؛ لأن نصف قيمة الولد قد وجبت مع وجوب القيمة عليه فى الأم، فلهذا قال ابن القاسم فى المعسر: يباع نصف الأمة فيما لزمه فيها، ويتبع بنصف قيمة الولد، فجعل الدين

والإيلاد إذا وقعا ردًا لدين الإيلاد؛ لأنه تعد، بخلاف الإيلاد المديان؛ لأن الغرماء عاملوه على ذلك. وههنا تعدى على شريكه فيباع نصفها فيما لزمه لأجلها دون الإيلاد، ويتبعه بنصف قيمة الولد، مع أنه قوم عليه الأمة يوم الوطء.

قال: وهو ضعيف، والصواب: أن يتمسك بنصف الأمة، ويتبعه بنصف قيمةالولد، أو يتبعه بنصف قيمة الأمة ويتم الإيلاد؛ لأن الأمة والولد فى ضمانه بالإيلاد ووجبت به القيمة.

فرع: قال ابن يونس: إن أخدمها سنتين أو عمرًا فوطئها السيد فحملت وهو مليء -فهى أم ولد، وأخذت منه مكانها أمة.

قيل: تؤخذ قيمتها يؤجر منها خادم، فإن ماتت الأولى وانقضت السنون، وبقى من القيمة شيء أخذه السيد، أو نفذت القيمة. والأولى حية والمدة باقية، فلا شيء على السيد؛ لأنه إنما التزم خدمة الأمة، وقيمتها تقوم مقامها.

وقال عبد الملك: يغرم له قيمة الخدمة من عمرى وأجل؛ لأنها حية، وإن كان عديمًا أخذ ولده وخدمت تمام الأجل، ولم يجعل ابن القاسم ولا غيره قيمة الخدمة تلك السنين كمفسد العرض؛ لإمكان موتها قبل انقضاء الأجل، فيضمن مالا يلزمه، وإن قومت على الرجاء والخوف، أدى إلى أجل جعل فى خدمتة، والواجب فى التعدى المثل، وأقرب شيء لذلك ثمن الخدمة، كما تقدم.

وقول عبد الملك قاله مالك فى قتل السيد العبد المخدم [فإن وطئها المخدم، والخدمة][(١)] كثيرة، كانت كالتعمير، أو سنين كثيرةً لا تحد، ويلحق به الولد، وتكون أم ولد، ويغرم قيمتها يوم الوضع على الرجاء والخوف، فإن كان عديمًا كانت لربها، والولد لأبيه، وإن ابتاعها بعد يسره لم تكن له أم ولد، أو فى الخدمة القليلة كشهر، حد ولا تكون له أم ولد؛ لضعف الشبهة، ولا يلحق به الولد.

وقال ابن وهب: يحد فى خدمة السنة إن كان عالمًا، وإن عذر بالجهل عوقب وقومت عليه، وإن وطئ السيد، خدمت بقية السنة كما لو أعتقها.

واستحب محمد أن يغرم القيمة فيؤاجر منها من يخدم، فما فضل رد إليه،

---

(١) سقط فى أ.

وما عجز حط عنه.

قال اللخمى: قال عبد الملك، ومالك فى قتل السيد: يغرم فى أول المسألة السيد القيمة لأقصى عمر الأمة، أو عمر المخدم إن أعمر إياها، أو سنين [فالأقصى من عمر أو السنتين][1]، وإن أعسر اتبعه بالقيمة؛ لأن الأصل فى المنافع القيم، ووجه القضاء بالخدمة مكانها: أنها على وجه المعروف، فهى بخلاف منافع المكايسة، وقد قال فيمن تزوجت على عبد، ثم استلحق: أن الزوج يغرم مثله بخلاف البيع.

النظر الرابع: فى أحكام أمهات الأولاد.

وفيه خمس عشرة مسألة.

الأولى[2]: فى التنبيهات: أمهات الأولاد ساداتهن الأحرار، لهن حكم الأحرار فى ستة أوجه، والعبيد[3] فى أربعة أوجه، فلا يبعن فى دين ولا غيره، ولا يرهن ولا يوهبن، ولا يؤاجران، ولا يسلمن فى جناية، ولا يستسعين[4].

وحكم العبيد[5] فى انتزاع مالهن ما لم يمرض السيد، ويجبرن[6] على النكاح فى أحد القولين، ويستخدمن الخدمة الخفيفة مما لا يلزم الحرة، ويستمع بهن كالأمة.

الثانية: فى الكتاب: إذا ولدت فى حياة سيدها، أو بعد موته، أوبعد أن أعتقها لما تلد له النساء، لحقه، إلّا أن يدعى الحى استبراء، وينفى الولد.

الثالثة: إذا ارتد ولحق بدار الحرب، أو أسر فتنصر بها، وقف ماله، وأم ولده، ومدبروه، ويحرم على المرتد أم ولده فى ردته حتى يسلم فترجع إليه مع ماله، لأن المنافع الإذن فيها تابع لاستقرار الحياة، وحياة المرتد مطلوبة الإعدام.

وإن قتل، عتقت من رأس المال، ومدبره فى الثلث بمقتضى العقود، وتبطل

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: فرع.
(٣) فى أ: السيد.
(٤) فى أ: ويتبعن.
(٥) فى أ: السيد.
(٦) فى أ: ويجبر.

وصاياه، وماله للمسلمين.

قال ابن يونس: قال أشهب: تعتق بالردة، كما تبطل عصمة الزوجة.

قال: وهو أقيس؛ لأن القاعدة: أن أم الولد إذا حرم وطؤها عتقت؛ كالنصرانى تسلم أم ولده، والردة أشد؛ لأن من أسلمت امرأته هو أملك بها إن أسلم فى عدتها، وإذا ارتد لا تحل له إلّا بنكاح جديد بعد إسلامه؛ ولأنه أدخل الردة فى مدة الإيقاف، بخلاف أم ولد النصرانى؛ لأنه لا يجبر على الإسلام، وتبطل الوصية؛ لأنه كان أوصى حال ردته لما كان له الرجوع، ووصية المرتد باطلة، للحجر عليه فى ماله.

قال اللخمى: قال أشهب فى الزوجة إن لم يتب حتى انقضت العدة: بانت، وكان الطلاق من يوم ارتد، فإن تاب قبل انقضائها بقيت على الزوجية؛ كإسلام المرأة، فعلى هذا تكون أم الولد فى الاستبراء إن تاب قبل فراغ الحيضة، حلت له، وإلا حرمت، وكانت حرة من يوم الردة.

الرابعة: فى الكتاب: إن أسلمت أم ولد الذمى:

قال مالك مرة: توقف حتى يموت أويسلم فتحل له، ورجع إلى أنها تعتق، وولاؤها للمسلمين؛ لأنه لم يبق فيها إلّا الوطء، قد حرم، ولا يستسعيها فى قيمتها، فإن أسلم بعدها قبل أن تعتق فهو أحق بها، وتبقى له أم ولد، وإن طال ما بين إسلامها[1] وما ولدت من غير سيدها الذمى بعد أن أولدها، لا تعتق بإسلامها؛ لأن الابن[2] يتبع الأب فى الدين، وإن أسلم كبار الولد لم يعتقوا إلّا بموت السيد، وإن أسلمت أم ولد المكاتب الذمى، وسيدها[3] ذمى أو مسلم- وقفت[4]، فإن أدى الكتابة، عتق وعتقت، أو عجز، رقت وبيعت.

وقال ابن يونس: قال محمد: إن أسلمت أم ولد الذمى، عرض على سيدها الإسلام، فإن امتنع، عتقت بالحكم، قاله مالك وأصحابه.

قال ابن عبد الحكم: إن أسلم قبل حيضة فهو أحق، أو بعدها عتقت، كإسلام امرأته، قال بعض الشيوخ: إذا وقفت حتى يموت أويسلم، نفقتها على سيدها

---

(١) فى أ: غلامه.
(٢) فى أ: الأب.
(٣) فى أ: وسيده.
(٤) فى أ: يعتق.

يحبسها له، فإن لم يكن له مال ولا لها، عتقت؛ كما قيل: إن عجز المسلم عن نفقة أم ولده، عتقت؛ كما تطلق الزوجة.

وقيل فى العجز عن النفقة بزوجها، وهو الفرق بينها وبين الزوجة.

وإن أسلم هو دونها، بقيت له أم ولد.

فرع: قال ابن يونس: إن مات الذمى وتحاكم الوارث وأم الولد إلينا:

قال ابن وهب: منعناه من البيع، وإن رضوا بحكمنا لم يمكنوا من الرجوع عنه، وكذلك إن حلف بطلاق امرأته وعتق عبده، فرفعت المرأة أوالعبد ذلك للحاكم، طلق عليه وأعتق.

قال سحنون: وهو خلاف مالك وأصحابه، وإن جنت أم ولد الذمى، جبر على افتكاكها، بخلاف لو جنى ولدها لم يجبر، بل يفديه بدية الجناية [أو يسلم خدمته حتى يوفى الجناية][(١)] منها، فإن مات السيد، اتبع الولد ببقية الجناية إن بقى شىء.

قال اللخمى: على القول بالعتق، هل يفتقر إلى الحكم؛ لأنه مختلف فيه أم لا؟ قولان لمالك، وابن عبد الحكم.

الخامسة[(٢)]: [فى الكتاب][(٣)]: تمتنع كتابة أم الولد بخلاف عتقها على مال يتعجله، وتفسخ الكتابة، إلّا أن تفوت بالأداء فتعتق، ولا يرجع فيما أدت؛ لأن لك الانتزاع ما لم تمرض، والكتابة لا تزيدها خيرا[(٤)] فلا تشرع، وليس لك فيها خدمة ولا استسعاء [ولا غلة][(٥)]، بل المتعة، وكذلك الخدمة فى أولادها من غيرك ممن ولدته بعد ولادتها منك؛ لأنك لا تطؤهم، فلم يبق إلّا الخدمة، ويعتقون كأمهم بعد موت السيد، ولك تعجيل عتقها على دين يبقى عليها برضاها.

قال يحيى بن سعيد: فإن مات السيد اتبعت بذلك، بخلاف الكتابة لتحصيل ذلك المال تعجيل عتق، وإن كاتب الذمى أم ولده فأسلمت، عتقت، وسقطت الكتابة.

قال ابن يونس: قيل: إذا كاتبها فى مرضه ودفعت إليه شيئًا، ينبغى أن ترجع بذلك عليه، وتطالب تركته إن مات، وقوله فى كتابة الذمى أم ولده فتسلم أنها تعتق: مبنى إما

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: فرع.
(٣) سقط فى أ.
(٤) فى أ: جبرًا.
(٥) سقط فى أ.

على قوله فى إسلام أم ولده: أنها تعتق، أما على قوله: توقف حتى يسلم أو يموت فتخير بين التمادى على كتابتها فتعتق بأدائها، أوتعجز نفسها وتبقى موقوفة له.

وعلى القول بأن أم ولده تباع إذا أسلمت، ويدفع له ثمنها: تباع كتابتها ولا يكون أسوأ حالا منها.

قال اللخمى: قال الأبهرى: إن رضيت أم الولد بالكتابة، جاز، وهو أصل مالك؛ لأن الحر لو وهب منافعه وكسبه، صح، وههنا أولى؛ لأنها تعجل بذلك عتقها، فإن خيرها وأدت عتقت، ولم ترد، وإن علم به قبل الوفاء فاختارت الإمضاء صح، وإلّا امتنع من طلبها، وكذلك يجوز عتقها على مال فى ذمتها إن رضيت، وإلّا فلا يلزمها، ويمضى العتق بلا مال، وكذلك القطاعة، وإن مات السيد قبل وفاء الكتابة أو القطاعة عتقت وسقط ذلك عنها وإن تعجلت العتق على مال يكون فى ذمتها فمات السيد قبل وفائه،لم يسقط عنها.

السادسة: يمتنع بيع أم الولد، وقاله الأئمة.

ولبعض الشافعية، وداود، وبشر المريسى(١): جواز البيع.

لنا: قوله -عليه السلام-: «أيما رجل ولدت أمته فهى معتقة عليه عن دبر منه»(٢).

ويقوله فى أم ولده إبراهيم: «أعتقها ولدها»(٣) والحر لا يباع.

وروى مالك: قال عمر -رضى الله عنه-: «أيما وليدة ولدت من سيدها فإنه لا يبيعها، ولا يهبها، ولا يورثها، ويستمتع بها ما عاش، فإن مات فهى حرة».

وفى الصحاح: حديث أبى سعيد الخدرى: خرجنا مع رسول الله -ﷺ- فى غزرة بنى المصطلق، فأصبنا سبيًا من سبى العرب، فاشتهينا النساء واشتدت علينا العزبة وأحببنا الفداء، فأردنا أن نعزل(٤) الحديث، فقوله: «أحببنا الفداء»، يدل على أن الحمل يمنع المعاوضة.

وانعقد الإجماع على منع بيعها حالة الحمل.

---

(١) فى أ: وسند الميثى.
(٢) تقدم.
(٣) تقدم.
(٤) أخرجه البخارى (٥٢١٠)، ومسلم (١٤٣٨/١٢٥).

والأصل: بقاء الإجماع والمنع.

احتجوا: بقوله -تعالى-: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾[البقرة: ٢٧٥] ونحوه.

وعن جابر: (كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ، وعهد أبى بكر، وصدر من خلافة عمر، ثم نهانا فانتهينا)[١].

ولأنه لو أعتق ولد أمة فى بطنها، لم تصر حرة ولم يمتنع بيعها، فكذلك أم الولد، ولو زوج أمته من ابنه، فإنها تعلق[٢] بحر، ومع هذا لا يزول الملك عنها ولا يمتنع بيعها.

والجواب عن الأول: أن نصوصنا أخص من تلك الظواهر، فتقدم.

وعن الثانى: يحمل على بيعهن إذا ولدن من الغير؛ توفيقًا بين الأدلة، أو ذلك بغير علمه -عليه السلام- كما قال ابن عمر: كنا نخابر على عهد رسول الله -ﷺ- حتى روى لنا رافع بن خديج نهيه عليه السلام عنها فانتهينا[٣]. وإذا حمل على الولادة من الأزواج يكون نهى عمر على الكراهة.

وعن الثالث: إذا أعتق حملها تكون علقت برقيق طرأ عليه العتق، وههنا بحر أصالة فتسرى إليها حريته.

وعن الرابع: أن الولد يخلق مملوكًا، والعتق على الابن؛ لأنه أخوه.

فرع: فى الكتاب إن أعتقها المبتاع، نقض البيع والعتق، وعادت أم ولد، فإن فاتت بيده قبل الرد، ضمنها، ويرد الثمن، وإن ماتت بعد موت البائع أوقبله أوبقيت، يتبع البائع بالثمن فى ذمته، مليًا أومعدمًا.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إن جهل موضع المبتاع، فعلى البائع طلبه حتى يرد إليه الثمن، ماتت أم الولد أو بقيت.

فإن أولدها المبتاع:

قال مالك: لحقه الولد بغير قيمة فيه؛ لأن البائع أباحه فرجها، بخلاف لو بيعت عليه بغير طوعه له.

وقال عبد الملك: عليه قيمة الولد عبدًا.

---

(١) تقدم.

(٢) فى ط: تعتق.

(٣) أخرجه مسلم (١٥٤٧/١٠٦).

وقال ابن عبد الحكم: على أنه يعتق بموت البائع، فإن زوجها المبتاع لعبده فولدت منه، ردت مع ولدها، ولولدها حكم ولد أم الولد.

وقال أصبغ: ذلك سواء، أولدها المشترى أو زوجها، لا قيمة للبائع فى ولدها؛ لأنه أباحها.

قال أصبغ: وإن باعها فشرط أنها حره، لم ترد، وولاؤها لسيدها، ويسوغ له الثمن لعلم المبتاع؛ كأخذه مالًا على أن يعتقها، فإن باعها على أن يعتقها المبتاع لا على أنها حرة من حينه، ردت مالم تفت بالعتق فيمضى، والولاء للبائع، ويسوغ له الثمن لعلم المبتاع ولو لم يعلم لرجع بالثمن.

قال اللخمى: ظاهر المذهب: إذا نقض البيع، لا شىء على البائع من نفقة المشترى عليها ولا له قيمة خدمتها؛ لأن الخراج بالضمان.

وقال سحنون: يرجع عليه بالنفقة والآخر بالخدمة؛ لأنها غير مضمونة، ولو أجرها السيد ففاتت الإجارة، لكانت للسيد، واختلف فى المستحق بحريته:

قال ابن القاسم: لا شىء على المشترى من خراجه، وخالفه المغيرة؛ لأنه غير مضمون، وإذا رد إليه البيع تحفظ منه عليها؛ لئلا يعود لبيعها، ولا يمكن من السفر بها، فإن لم يمكن التحفظ، عتقت عليه؛ كقول مالك فى بائع امرأته.

السابعة: قال ابن يونس: قال أصبغ: إن قال لأم ولده: إن وطئتك، فأنت حرة، لم تعتق عليه؛ لبقاء التلذذ بغير الوطء، ولو كان يملك أختها، لم تحل له حتى يحرم فرج هذه بغير هذا اليمين.

الثامنة: قال: قال مالك: إذا مات سيدها [وبيدها][1] حلى ومتاع، فهو لها؛ لأن اليد توجب الملك، إلّا الأمر المستكثر، وكذلك ما كان لها من ثياب إن عرف أنها كانت تلبسها فى حياة سيدها.

وعنه: الحلى، واللحاف، والفراش، والثياب، لها، ومتاع البيت يحتاج فيه للبينة، وإن كان من متاع النساء، بخلاف الحرة.

وعنه: إن وصى عند موتها: أنها إن قامت على ولدها المدعو لها، ما كان لها من حلى وكسوة، وإن لم تقم وتزوجت فخذوه، فليس ذلك له، بل هو لها متى مات،

---

(١) سقط فى أ.

وليس له فى مرضه انتزاع ما كان أعطاها، وكذلك المدبرة.

التاسعة: قال فى الجواهر: إن جنت، فعلى السيد فداؤها؛ قياسًا على القن الذى منع من بيعه لسبب.

قال: وإذا افتداها فبالأقل من أرش الجناية عليها وعلى ولدها، وله قيمتها فى جناية القتل وقيمتهم، فإن مات قبل قبض الأرش، فهل هو لوارثه أويتبعها كمالها؟ روايتان.

فى المنتقى: وإذا قومت فى الجناية:

قال مالك: تقوم بغير مالها.

قال: وأرى أن تقوم بمالها، وقاله عبد الملك؛ كالأمة القن.

فإن ماتت بعد الجناية:

قال ابن القاسم: لا شىء للمجروح من مالها؛ لأنها لو كانت حية لقومت بغير مالها.

وقال عبد الملك: إن كان عبدًا أدى منه الأرش، فإن لم يف لم يكن له غيره، وإن كان عرضًا، خير سيدها فى فدائه أوإسلامه، فإن تكررت جنايتها وتعقب كل جناية الحكم فيها، فحكم الثانية وما بعدها حكم الأولى، أو تكرر قبل القيام عليها:

فعن مالك: ليس عليه إلّا قيمتها بجميع الجنايات؛ كالقن إذا جنت جنايات، وقاله (ح)، وأحد قولى (ش).

ولا يرجع على أم الولد إذا عتقت بشىء من جناياتها إذا حكم على السيد بالقيمة؛ لأنها تتعلق بقيمتها دون ذمتها.

العاشرة: قال صاحب الإشراف: ليس له إجارتها، [خلافًا] (ح)، و (ش)؛ قياسًا على بيعها.

الحادية عشر: قال ابن القصار: عن مالك: له أن يجبرها على الزواج.

وعنه: لا بد من إذنها، وعنه: ولا يأذنها، وبهذه الرواية قال (ش)، وبالجبر قال (ح)؛ كالأمة القن، وكالمدبرة.

واشتراط الإذن لما فيها من شائبة الحرية، وقياسًا على المكاتبة.

ووجه المنع: لنقص الملك عن الجبر، ولم تكمل الحرية، فامتنع التزويج؛ كنقص العمر عن التزويج فى الصغيرة، وهى لم تكمل، فامتنع تزويجها.

وعلى المنع، فهل يمتنع [تزويج] الحاكم؟ قاله القاضى أبو الحسن؛ لأنه نائب

عنها، وكل واحد منهما ناقص.

وفى الجلاب: يكره له أن يزوجها برضاها؛ لأنه تمكين غيره من فراشه، وهو تأباه المروءة.

فى المنتقى: فإن زوجها: قال ابن القاسم فى المدونة: لا نفسخه.

الثانية عشر: قال الباجى -فى المنتقى-: قال ابن القاسم: لا يتبعها فى الخدمة، وإن كانت دنيئة، بل تخدم الدنيئة فيما خف.

وقال (ش)، و (ح): له فيها الخدمة مع الاستمتاع.

وقال: وهو الأظهر عندى، استصحابًا للملك فى ذلك؛ وقياسًا على أولادها.

الثالثة عشر: قال: عليه الإنفاق عليها، فإن أعسر، ففى عتقها عليه قولان؛ بناء على أنها تحصل النفقة بالزواج؛ قياسًا على الأمة إذا أعسر بنفقتها، فإن غاب عنها ولم يترك نفقة، فهل تعتق عليه؛ لأن تزويجها مكروه، أو يزوجها الحاكم؟ قولان.

الرابعة عشر: قال: حكمها بعد موته حكم الحرائر إن ولدت قبل وفاته، فإن مات وهى حامل:

فعن مالك: تمت حريتها.

وقال المغيرة: يوقف أمرها؛ لاحتمال أن يكون ريحًا.

قال صاحب المقدمات: إيقافها يروى عن مالك، وعليه تكون لها النفقة، ويختلف على القول بأنها تكون حرة بتبين الحمل، هل لها نفقة، على الخلاف فى أم الولد الحامل، هل لها نفقة فى تركة سيدها؟ لمالك قولان، ولم يختلف قوله: أن الحرة لا نفقة لها من مال زوجها، وإن حبسها الميراث.

الخامسة عشر: فى الجلاب: من أحاط الدين بماله فحملت أمته منه، لم تتبع فى دينه؛ كالمريض يطأ فتصير أم ولد، وتعتق وترد بالفعل أقوى من القول.

قال شارح الجلاب: إلّا أن يحجر عليه قبل الوطء، فتباع فى الدين بعد الوضع.

* * *

كتاب الجنايات

وهى سبعة: البغى، والردة، والزنى، والقذف، والسرقة، والحرابة، والشرب.

وأصلها من الجنى كأن من فعل أحدها فقد استثمر أخلاقه، كما تجنى الثمرة من الشجرة.

الجناية الأولى: فى البغى، والنظر فى صفات البغاة، وأحكامهم.

النظر الأول: فى صفاتهم، وأصلها - لغة - الطلب: قال الله - تعالى - ﴿مَا نَبْغِي هَٰذِهِۦ بِضَٰعَتُنَا رُدَّتْ إِلَيْنَا﴾ [يوسف:٦٥] أى: ما نطلب.

وفى الجواهر: خصصه الشرع ببعض موارده، وهو الذى يخرج على الإمام يبغى خلعه، أو يمتنع[(١)] من الدخول فى طاعته، أو يمنع حقًّا وجب عليه بتأويل. ووافقنا الأئمة على هذا التفسير، غير أنهم نصوا على اشتراط الكثرة المحوجة للجيش، وأن العشرة ونحوها قطاع الطريق.

[لأن ابن][(٢)] ملجم لما جرح[(٣)] عليًا - رضى الله عنه - قال للحسن: إن برئت رأيت رأيى، وإن مت فلا تمثلوا به، فلم يثبت لفعله حكم البغاة، واشترطوا التأويل مع الكثرة، والخروج على[(٤)] الإمام، فجعلوا الشروط ثلاثة.

واختلفوا فى الخوارج المكفرين لكثير من الصحابة، المستحلين دماء المسلمين، وأموالهم: فقال (ش)، و (ح)، [ومتأخرو الأصحاب هم بغاة، ولمالك فى تكفيرهم قولان، فعلى تكفيرهم: يكونون بغاة][(٥)].

النظر الثانى: فى أحكامهم، وهى اثنا عشر.

الأول: وجوب قتالهم؛ لقوله - تعالى - ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا ۖ فَإِنۢ بَغَتْ إِحْدَىٰهُمَا عَلَى ٱلْأُخْرَىٰ فَقَٰتِلُوا۟ ٱلَّتِى تَبْغِى حَتَّىٰ تَفِىٓءَ إِلَىٰٓ أَمْرِ ٱللَّهِ﴾ [الحجرات:٩] وفيها أربع فوائد:

الأولى: أن الله - تعالى - لم يخرجهم بالبغى عن الإيمان؛ لأنه - تعالى -

---

(١) فى ط: يمنع.
(٢) فى ط: ابن.
(٣) فى أ: حرج.
(٤) فى ط: عن.
(٥) سقط فى أ.

سماهم مؤمنين -.

الثانية: ثبوت قتالهم؛ لأن الأمر للوجوب.

الثالثة: سقوط قتالهم إذا فاءوا إلى أمر الله.

الرابعة: جواز قتال كل من منع حقًّا عليه.

وقاتل الصديق - رضى الله عنه - مانعى الزكاة بتأويل، وقاتل علىّ - رضى الله عنه - البغاة الذين امتنعوا عن بيعته[1]، وهم أهل الشام، وطائفة خلعته، وهم أهل القيروان.

وفى الجواهر: قال سحنون: إذا خرجوا بغيًا، ورغبة عن حكم الإمام: دعاهم الإمام إلى الحق، فإن أبوا: قاتلهم، وجاز له سفك دمهم حتى يقرهم، فإن تحققت هزيمتهم، وأمنت دعوتهم: فلا يقتل منهزمهم، ولا يذفف على جريحهم - بالذال المنقوطة - وهو ما يسرع به إلى قتله، وقاله الأئمة، فإن لم يؤمن رجوعهم فيقتل[2] منهزمهم وجريحهم.

وروى عبد الله بن مسعود - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «يَابْنَ أُمِّ عَبْدٍ، مَا حُكْمُ مَنْ بَغَى[3] مِنْ أُمَّتِى؟ فَقُلْتُ: اللهُ وَرَسُولُهُ أَعْلَمُ قال: أَلَّا يُتبع مُدْبِرُهُمْ، وَلَا يُجْهَز - بالزاى المنقوطة - عَلَى جَرِيحِهِمْ، وَلَا يُقْتَل أَسِيرُهُمْ، وَلَا يُقَسَّم فَيْئُهُمْ»[4] ولنا العصمة، لقوله - عليه الصلاة والسلام -: «فَإِنْ قَالُوهَا عَصَمُوا مِنِّى دِمَاءَهُم، وَأَمْوَالَهُمْ إِلَّا بِحَقِّهَا»[5].

ويقتل الرجل فى قتالهم أخاه وقريبه مبارزة، وغير مبارزة، وجده[6] لأبيه ولأمه، كما فى قتال الكفار؛ لأنه قتال ضرورة، ولا أحب قتل الأب وحده عمدًا مبارزة، أو

---

(١) فى أ: من بيعه.

(٢) فى أ: قتلت.

(٣) فى أ: بقى.

(٤) أخرجه الحاكم (٢/ ١٥٥)، والبيهقى (٨/ ١١٢)، وفى إسناده كوثر بن حكيم: متروك. ينظر: تلخيص الحبير (٤/ ١٢٥).

(٥) أخرجه البخارى (٣/ ٣٠٨) كتاب الزكاة: باب وجوب الزكاة (١٣٩٩)، وفى (١٢/ ٢٨٨) كتاب استتابة المرتدين (٦٩٢٤)، وفى (١٣/ ٢٦٤) كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة (٧٢٨٤)، ومسلم (١/ ٥٢) كتاب الإيمان: باب الأمر بقتال الناس حتى يقولو: لا إله إلا الله (٣٣/ ٢١).

(٦) فى أ: ورحله.

غيرها وإن كان كافرًا؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا﴾ [الإسراء: ٢٣]، وقال - تعالى -: ﴿وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ أَنِ ٱشْكُرْ لِى وَلِوَٰلِدَيْكَ إِلَىَّ ٱلْمَصِيرُ وَإِن جَٰهَدَاكَ عَلَىٰٓ أَن تُشْرِكَ بِى مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا﴾ [لقمان: ١٤] فدل على أن الكافر اندرج فى الموصى ببره؛ لأنه لا يأمر بالشرك إلا كافرًا.

وقال أصبغ: يقتل أباه وأخاه.

وإذا امتنع أهل البغى، وكانوا أهل بصائر وتأويل، أو أهل عصبية من الإمام العدل، [وهو إما][1] ينصب المجانيق ويقطع ميرتهم، وماءهم، أو يرسل الماء عليهم، ليغرقهم كالكفار، وإن كان فيهم النساء والذرية، ولا يرميهم بالنار، إلا ألا يكون فيهم نساء، ولا ذرية، فله ذلك إلا أن يكون فيهم من لا يرى رأيهم، ويكره بغيهم، أو خيف أن يكون فيهم فلا يفعل شيئًا مما ذكرناه.

واختلف العلماء إذا حضر معهم من لا يقاتل: فقال ابن حنبل، و(ش) - فى أحد قوليه -: لا يقتل؛ لأن عليًا - رضى الله عنه - نهى أصحابه عن قتل محمد بن طلحة السجاد، فقال: إياكم، وصاحب البرنس - وُصِف بذلك لكثرة عبادته - فقتله رجل وأنشأ يقول:

وأشعث قوام بآيات ربه ... قليل الأذى فيما ترى العين مسلم
هتكت له بالرمح جيب قميصه ... فخر صريعًا لليدين وللفم[2]
على غير شيء غير أن ليس تابعا ... عليًا ومن لم يتبع الحق يظلم
يناشدنى حاميم والرمح شاجر ... فهلا تلا حاميم قبل التقدم[3]

---

(١) سقط فى ط.

(٢) البيت لجابر بن حنى فى شرح اختيارات المفضل ص ٩٥٥، وشرح شواهد المغنى (٢/ ٥٦٢)، وللأشعث الكندى فى الأزهية (٢٨٨)، ولربيعة بن مكدم فى الأغانى (١٦/ ٣٢)، ولعصام بن المقشعر فى معجم الشعراء ص ٢٧٠، وبلا نسبة فى أدب الكاتب ص.٥١١
ويروى: تناوله بالرمح ثم انثنى له.

(٣) البيت للأشتر النخعى فى الاشتقاق ص ١٤٥، ولعدى بن حاتم الطائى فى حماسة البحترى ص ٣٦، ولشريح بن أوفى العبسى فى اللسان (حمم)، وبلا نسبة فى اللسان (ندم)، والمقتضب (١/ ٢٣٨).
ويروى: «يذكرنى» بدلًا من «يناشدنى».

وكان السجاد حامل راية أبيه، ولم يكن يقاتل، فلم ينكر على قتله، ولأنه مبارزة لهم أو يلاحظ أن المؤمن معصوم الدم إلا ما أجمعنا على تخصيصه فتوجه الخلاف، وإذا استعان أهل التأويل بالذمة ردوا إلى ذمتهم، ووضع عنهم مثل ما وضع عن المتأولين.

وإن قاتل النساء مع البغاة بالسلاح: فلنا قتلهن فى القتال، وإن لم يقاتلن إلا بالتحريض، ورمى الحجارة: فلا يقتلن إلا أن يقتلن أحدًا بذلك، وإن أُسرن(١) وقد كن يقاتلن قتال الرجال: لم يقتلن إلا أن يكن قد قتلن أحدًا بذلك فيُقتلن.

قال الشيخ أبو محمد: يريد: فى غير أهل التأويل.

نظائر: قال ابن بشير يمتاز قتال البغاة على قتال المشركين بأحد عشر وجهًا: أن يقصد بالقتال ردعهم القهرى، ويكف عن مدبرهم، ولا يجهز على جريحهم، ولا يقتل أسراهم، ولا تغنم أموالهم، ولا تسبى ذراريهم ولا يستعان عليهم بمشرك ولا يوادعهم على مال، ولا تنصب عليهم الرعادات، ولا تحرق عليهم المساكن ولا يقطع [عليهم](٢) شجرهم.

وقتال المحاربين قتال البغاة إلا فى خمس: يقاتلون مدبرين، ويجوز تعمد قتلهم، ويطالبون(٣) بما استهلكوا من دم ومال فى الحرب وغيرها، ويجوز حبس أسراهم لاستبراء حالهم، وما أخذوه من الخراج والزكاة لا تسقط عمن كان عليه، كالغاصب.

[الثانى: فى الجواهر: إن ولوا قاضيًا، أخذوا الزكاة، أو أقاموا حدًا: نفذ عبد الملك ذلك كله للضرورة مع شبهة التأويل، ورده ابن القاسم كله؛ لعدم صحة الولاية](٤).

فرع:

الثالث: قال ولا يضمنون ما أتلفوه فى الفتنة من نفس، أو مال، إن كانوا خرجوا بتأويل، وأهل العصبية، ومخالفة السلطان بغير تأويل يلزمهم النفس والمال قائمًا أو فائتًا قال الطرطوشى: ولا يضمن المرتدون النفس والمال، وهو خلاف ما تقدم لابن

---

(١) فى أ: أوسرن.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: ويطالبوا.
(٤) سقط فى أ.

بشير، قال: ولا خلاف أن أهل العدل لا يضمنون، وأن ما أتلفته إحدى الطائفتين على الأخرى فى غير القتال أنه يضمن.

وقال (ح): ما أتلفه البغاة لا يضمن، بخلاف المرتد قبل الدخول بدار الحرب [يضمن][1] وبعد اللحوق بدار الحرب [لا][2] يضمن، ووافقنا ابن حنبل فى البغاة، وعند (ش) فى المسألتين قولان.

لنا: فى المرتدين قوله - تعالى - ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨] وقوله - عليه السلام - «الإِسْلَامُ يَجُبُّ مَا قَبْلَهُ»[3] وإجماع الصحابة؛ لأن الصديق - رضى الله عنه - قال للمرتدين: مسيلمة، وطلحة وغيرهما[4] تدون قتلانا، ولا ندى[5] قتلاكم، فقال عمر: ولا يدون قتلانا، وإنما أصحابنا عملوا[6] لله - تعالى - فأجرهم على الله، فسكت أبو بكر، ولم ينكر عليه أحد وكان إجماعًا.

ولنا: فى البغاة قوله - تعالى -: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُواْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَاۖ﴾ إلى قوله - تعالى -: ﴿فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِى تَبْغِى﴾ [الحجرات: ٩] والإذن فى القتال يسقط الضمان، كالسبع، والصائل، وقياسًا على الحربيين، ولأنه لا يضمن المحق، فلا يضمن المبطل، كالمسلمين على الكفار. احتجوا بالقياس على الأموال الباقية العين، ولأن كل واحد من أهل الضمان فى حق الآخر فى إتلاف العدوان، فيضمن مطلقًا، كغير الباغى، وقياسًا على ما بعد القتال، وقاطع الطريق، وأهل العدل فى بعضهم، وعلى الجماعة التى لا تمتنع.

والجواب عن الأول بالفرق أن المعين لا يتقرر فى الذمة، بخلاف التالف، ولأنه لا ضرر فى رد العين القائمة، والغرامة فى التالفة.

والجواب عن الثانى بالفرق بعدم العذر، وتحقق القصد للفساد، وهو جواب

---

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى ط.
(٣) أخرجه أحمد فى المسند (٤/ ١٩٩، ٢٠٤، ٢٠٥)، وابن سعد فى الطبقات (٧/ ٢/ ١٩١)، والبيهقى فى الدلائل (٤/ ٣٥١)، والحاكم فى المستدرك (٣/ ٤٥٤).
(٤) زاد فى أ: فقال.
(٥) فى أ: ولا ندين.
(٦) فى أ: علموا.

الثالث، والرابع، والخامس.

وعن السادس: أنهم إذا امتنعوا[١] كانوا أضر على الإسلام، فيتلاقوا[٢] بإسقاط التبعات إذا رجعوا.

الرابع: قال فى الجواهر: لا تؤخذ أموالهم، ولا حريمهم، ولا يقتل أسيرهم، ويؤدب ويسجن حتى يتوب، وإن قتل أحدًا قتل به إن كانوا بغير تأويل.

قال ابن حبيب: إن كانت لهم فيه قائمة استعان[٣] الإمام بسلاحهم، وكراعهم على قتالهم إن احتاج إليه، ويرد لربه إذا زالت الحرب، ولا يستعان بشىء منه إن لم يكن فيه قائمة، ويرد إليهم، أو لأهلهم عند الأمن منهم.

الخامس: قال: إذا سأل أهل البغى الإمام العدل التأخير[٤] أيامًا، أو شهرًا حتى ينظروا فى أمرهم، أو يدلوا بحجة: لم يحل أخذ شىء منهم، وله تأخيرهم تلك المدة ما لم [يكونوا][٥] يقاتلون فيما أخذوا، أو يفسدون، فلا يؤخرهم حينئذ.

السادس: فى النوادر: إذا قتل البغاة أو الكفار رهائننا: لم نقتل رهائنهم، ونردهم إليهم، وكذلك فعله معاوية وقال عبد الملك نسترقهم، ولا نردهم.

السابع: قال: قتلانا فى القتال كالشهداء، وقتلاهم يتركون، إن صلى عليهم منهم أحد، وإلا دفنوا بغير صلاة.

وعند سحنون: يصلى عليهم غير الإمام.

الثامن: لا يبعث بالرءوس للآفاق؛ لأنه مثلة.

التاسع: من قتل أباه أو أخاه من البغاة: لم يحرم عليه ميراثه؛ لأنه لم يتعجل ما أجله الله - تعالى -.

العاشر: قال: إن ألجأونا إلى دار الحرب: لم يجز أن يغزو بمشركين عليهم.

الحادى عشر: قال: إذا اقتتل منهم طائفتان لا نقدر نحن على إحداهما فلا نقاتل مع إحداهما الأخرى؛ لأنهم غير منضبطين للقتال المشروع.

---

(١) فى أ: استغنوا.
(٢) فى أ: فيتاليب.
(٣) فى أ: ايستعان.
(٤) فى ط: تأخير.
(٥) سقط فى ط.

الثانى عشر: إن سبوا مشركين قد صالحناهم حرم علينا شراؤهم منهم، ونقاتلهم لخلاصهم، وكذلك من صالحهم أهل البغى من الكفار، بخلاف لو استعانوا بهم؛ لأن الاستعانة ليست تأمينًا.

تنبيه: الأصل فى الإتلاف: إيجاب الضمان، واستثنى من ذلك صورتان: البغاة؛ ترغيبًا فى الرجوع إلى الحق - والحكام لئلا يزهد الناس فى الولايات، فتضيع الحقوق.

الجناية الثانية: الردة: - نسأل الله - تعالى - العافية منها ومن غيرها - والنظر فى حقيقتها وحكمها .

النظر الأول: فى حقيقتها: وهى عبارة عن قطع الإسلام من مكلف، وفى غير البالغ خلاف إما باللفظ، أو بالفعل: كإلقاء مصحف فى القاذورات، ولكليهما مراتب فى الظهور، والخفاء، ولذلك لا تقبل الشهادة فيها إلا على التفصيل، ولاختلاف المذاهب فى التكفير.

والأصل: حمله على الاختيار فى دار الحرب وغيره حتى يثبت الإكراه، فيسقط اعتباره لقوله - تعالى -: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦].

وفى هذا الطرف سبع مسائل:

الأولى: فى الجواهر: روى ابن القاسم: إن أسلم، ثم ارتد عن قرب، وقال: أسلمت عن ضيق: إن عرف أنه عن ضيق ناله، أو خوف ونحوه: عذر، وقاله ابن القاسم.

وقال أشهب: لا يعذر، ويقتل، وإن علم أنه عن ضيق، وقاله (ش) ؛ لأن الإكراه على الإسلام مشروع كما فى الحربيين.

وجوابه: أنه مسلم فيهم لعدم العهد، أما الذمى: فعهده يمنع الإكراه، فلا يثبت منه إسلام[1] حقيقى مع اختيار.

قال أصبغ: قول مالك أحسن، إلا أن يثبت على الإسلام بعد الخوف.

قال محمد فى النصرانى يصحب القوم فى سفر، فيظهر الإسلام، ويتوضأ، ويصلى، وربما أمّهم، فلما أمن قال: تحصنت بالإسلام لئلا تؤخذ بناتى، ونحو

---

(١) فى أ: الإسلام.

ذلك: له إن أشبه ما قال، ويعيدون ما صلوا خلفه في الوقت، وبعده، وقاله مالك.

وقال سحنون: إن كان في موضع يخاف على نفسه، فداري عنها، وعن ماله: فلا شيء عليه، ويعيد[(١)] القوم صلاتهم، أو في موضع هو فيه آمن، عرض عليه الإسلام: إن أسلم: لم يعيدوا صلاتهم، وإلا قتل، وأعادوا.

قاعدة: الإكراه مسقط[(٢)] لاعتبار الأسباب: كالبيع، والطلاق، وغيرهما، والردة سبب الإهدار[(٣)] والإسلام سبب العصمة، فيسقطان مع الإكراه، غير أن (ش) اشترط الإكراه على غير الذمي[(٤)] يقضي بإسقاطه، فلا بد أن يلزمه على الطلاق، وإلا لا يسقط، وكذلك سائر الأسباب، ونحن نلاحظ المعنى، فمتى أُلجئ للشيء بالخوف على غيره، وإن لم يقصده المكره له، عد إكراهًا فيه، وهو مقتضى الفقه؛ لأن المقصود وقوع التصرف على خلاف الداعية والاختيار، وأنه صار كالآلة وما فيه من الداعية منسوب للمكره لا له.

الثانية: في النوادر: قيل لراهب: أنت عربي، عرفت فضل الإسلام، فما منعك منه؟ قال[(٥)]: كنت مسلمًا زمانًا ولم أره خيرًا من النصرانية، فرجعت إليها، وقال عند[(٦)] الإمام: كنت كاذبًا: قال ابن وهب: لا يعاقب، ولا يستتاب إلا أن يشهد عليه من رآه يصلي، ولو ركعة.

الثالثة: قال: قال ابن القاسم: إن قال: أسلمت مخافة الجزية، أو أمر أظلم فيه: قبل منه، وليس كالمرتد، ولو اشترى مسلمة فأخذ معها، فقال: أنا مسلم واعترف أنه إنما قال ذلك لمكانها لا يلزمه إلا الأدب، دون السبعين سوطًا، قاله ابن القاسم.

الرابعة: قال: إن ارتد ولد المسلم المولود على الفطرة، وعقل الإسلام، ولم يحتلم: قال ابن القاسم: يجبر على الإسلام بالضرب، والعذاب، فإن احتلم على ذلك، ولم يرجع: قتل، بخلاف الذمي يسلم ثم يرتد وقد عقل، ثم يحتلم على

---

(١) زاد في أ: عليه.
(٢) في أ: الإسقاط إكراه.
(٣) في أ: الإقرار.
(٤) في أ: عين الذي.
(٥) في أ: فإن.
(٦) في أ: ضد.

ذلك، وفرق بينهما، وليس كذلك [ولد][1] المرتد، وجعلهم أشهب سواء، ويرد إلى الإسلام بالسوط والسجن.

وقال (ش) لا تنعقد ردة الصبى، والمجنون، ولا إسلامهما، وله فى السكران بمعصية قولان، ومنع (ح) فى السكران الإسلام، والردة.

وقال أصبغ وابن حنبل: يصح إسلام الصبى، وردته. غير أن (ح) قال: تبين امرأته، ويزول ملكه، ولا يقتل.

وقال ابن حنبل: يقتل بعد البلوغ بثلاثة أيام للاستتابة.

لنا: قوله - عليه السلام - «أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ. . .» الحديث و «مَنْ قَالَ لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ دَخَلَ الجَنَّةَ»[2].

وقياسًا على الصلاة، والحج، وهو إجماع الصحابة - رضى الله عنهم - فأقول[3] الصبيان إسلامًا على - رضى الله عنه - وهو ابن ثمانٍ، وكذلك الزبير ابن ثمانٍ، وهو كثير، وإذا صح إسلامه، فكذلك ردته؛ لأنهما معنيان يتقرران فى القلب، كالبالغ.

واحتجوا بقوله - عليه السلام -: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّىٰ يَبْلُغَ وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّىٰ يفيقَ»[4] وأنه لا يصح إقراره، ولا طلاقه، ولا عقوده، فلا تصح ردته، وإسلامه، كالمجنون.

والجواب عن الأول: أن رفع القلم رفع الإثم، ونحن لا نؤثمه حينئذ، بل نعتبره شيئًا يظهر أمره بعد البلوغ.

وعن الثانى: أن هذه أعظم خطرًا، فاعتبرت بخلاف غيرها، فإن قاسوا على قتل الآدمى: فإنه لا يوجب عليه قتلًا بعد البلوغ قريبًا بذلك، ويؤكد ما قلناه: أن الأسباب العقلية معتبرة من الصبى والمجنون، كالاصطياد، والاختطاف، وإحبال

---

(١) سقط فى ط.

(٢) أخرجه البخارى (١٠/ ٢٩٤) كتاب اللباس: باب الثياب البيض (٥٨٢٧)، ومسلم (١/ ٩٤) كتاب الإيمان: باب من مات لا يشرك بالله شيئًا (١٥٣/ ٩٤).

(٣) فى أ: فأقل.

(٤) من حديث على: أخرجه أبو داود (٤/ ٥٦٠) (٤٤٠٣)، والترمذى (٤/ ٣٢) حديث (١٤٢٣)، وأخرجه ابن ماجه (١/ ٦٥٨) (٢٠٤١)، وابن حبان كما فى الموارد ص (٣٦٠) (١٤٩٧)، والحاكم فى المستدرك (١/ ٢٥٨).

الإماء، والكفر والإيمان فعلان للقلب، فاعتبرا.

قاعدة: خطاب التكليف يفتقر إلى العلم، والقدرة، وأهلية التكليف وخطاب الوضع لا يفتقر لشيء من ذلك في أكثر صوره، وهو وضع الأسباب، والشروط، والموانع: كالتطليق بالإعسار والتوريث بالأسباب، والضمان بالإتلاف، والزكاة بملك النصاب، وغير ذلك.

ومقتضى هذه القاعدة: اعتبار الإسلام والكفر من الصبيان؛ لأنهما سببان للعصمة، والإهدار، وكذلك الطلاق، والقتل، والبيوع، والعقود، والتصرفات كلها؛ لأنها أسباب، غير أن ثم فروقًا وأسرارًا نذكرها في أبواب الفقه في هذه الفروع، غير أن هذه القاعدة في هذه المسألة معنا، فتنبه بهذه القاعدة على فروعها، والسعي في الفرق مما استثنى عنها، فإنها جليلة.

تنبيه: الطلاق، والعقود ينبني عليها فوات مصالح في الأعراض، والمعوضات، فاشترط فيها رضاه المطابق للمصلحة غالبًا، وذلك إنما يكون بعد البلوغ، وكمال العاقل المدرك لذلك فلم يعتبر قبل البلوغ، والكفر والإيمان حق الله - تعالى - فلم يكن رضاه المعتبر معتبرًا فيها، إذ الحق لغيره، كالجنايات بالإتلاف وغيره، فهذا سرها من حيث الإجمال، والتفصيل يذكر في مواضعه.

فرع: قال ابن القاسم: إن طلقت النصرانية، وغفلت عن ولدها منك حتى احتلم على النصرانية: ترك، وكذلك إن أسلم، وترك ولده الصغير حتى كبر، قاله مالك.

وقال ابن القاسم، وأشهب: يجبر على الإسلام؛ لتعين إسلامه الحكمي بإسلام أبيه.

وقال ابن عبد الحكم: إلا أن يكون وقت الإسلام ابن اثنتي عشرة سنة لاستقلاله بالنظر حينئذ.

وإن مات أبوه وقف ميراثه: إن ثبت بعد البلوغ نصرانيًا: لم يرثه، وإلا ورث، وإن أسلم قبل البلوغ: ورث - أيضًا - وإن [كان](١) وقت الإسلام ابن ست: فهو مسلم [تبعًا](٢) قال مالك: إن أسلم، والولد مراهق: وقف الميراث إلى البلوغ إن أسلم ورث، وإلا ترك ولم يرث.

---

(١) سقط في ط.
(٢) سقط في ط.

قال ابن القاسم: ولا يقبل منه قبل البلوغ إن قال: لا أسلم، وإن احتلم وإن أسلم الآن: لم يعط الميراث للبلوغ.

والمرتد قبل البلوغ لا يصلى عليه، ولا تؤكل ذبيحته.

قال سحنون: من رأى عدم الصلاة عليه كانت ردته فرقة من امرأته وإلا فلا، الأول قول ابن القاسم فى الصبى والصبية. وإن أسلم، وعقل الإسلام وارتد قبل البلوغ، ومات: ورثه أهله لضعف إسلامه؛ لأن مالكًا يكرهه بالضرب وإن بلغ، والمغيرة يقتله إن تمادى بعد البلوغ.

وأما المرتد من أولاد المسلمين فأجمع أصحابنا على قتله إذا بلغ وتمادى.

قال مالك: إن تزوجت نصرانية، فلما بلغ أولادها قالوا: لا نسلم: لا يجبرون على الإسلام، ولا يقتلون؛ لأن الخلاف فى تبعهم لأمهم.

الخامسة: قال: قال مالك، وابن القاسم: من سب الله - سبحانه وتعالى - من اليهود والنصارى بغير الوجه الذى كفر به: انتقض عهده، بخلاف نسبة الصاحبة، والولد، والشريك مما هو دينهم الذى أقروا عليه بالجزية.

ومن تزندق منهم لا يقتل؛ لخروجه من كفر إلى كفر، قاله مالك.

وقال عبد الملك: يقتل؛ لأنه دين لا يقر عليه بالجزية، قال ابن حبيب: ولم أعلم من قاله، ولا أخذ به.

قال ابن القاسم: ومن سب الله - تعالى - أو النبى - عليه السلام - من المسلمين قتل، ولم يستتب[(١)]، وكذلك من عابه - عليه السلام - أو نقصه؛ لأنه كالزنديق لا تعرف توبته.

قال سحنون: وميراثه للمسلمين [؛ لأنه ردة][(٢)]. وقبل توبته (ش) و (ح)، واتفقنا[(٣)] على أن حده القتل، لقوله - تعالى - ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [النساء: ٦٥] فأخبر - تعالى -: أن الإيمان لا يجتمع مع الحرج، فالسب أولى

(١) فى أ: يتسبت.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: واتفقا.

بالمنافاة، ثم هذا القتل - عندنا - حد لا يسقط بالتوبة، كتوبة القاذف.

ونعرض[(١)] الكلام فى القذف، فنقول: هو معنى يراعى فيه الإحصان، فوجب أن يكون منه ما يعتبر فى القتل، كالزنى، ولم يتصور القتل إلا فى حقه عليه السلام؛ لأن الحرية لها مدخل فى القذف؛ لأن قاذف العبد لا يحد، وحرمته - عليه السلام - لا تساوى حرمة أمته، فيكون حدها القتل.

احتجوا بأن حرمة الله أعظم، وتوبته تقبل، ولأنه لا يزيد على الردة، والتوبة تسقط حدها، وفى الصحيح: قال بعض اليهود له - عليه السلام -: السام عليك[(٢)] ولم يقتله، ولم يقتل اليهودية التى سمت الشاة[(٣)].

والجواب عن الأول: أنا نلتزم التسوية أو نفرق بأن البشر قابل للنقص، فكان التأثير فيه أعظم، وذلك أن الله - تعالى - أظهر المعجزة على يد مدعى الربوبية، كالدجال، ولم يظهرها على يد مدعى النبوة؛ لأن العقل يبطل الأول دون الثانى، ولأن حق الله - تعالى - يسقط بالتوبة كالكفر، وحقوق العباد لا تسقط بها، كالقذف، والمال، وهو الجواب عن الثانى.

فإنه حق الله - تعالى - وهو كالقذف، والردة مفسدتهما خاصة بالمرتد ومفسدة هذا تتعدى[(٤)] للأمة.

ويجوز إقرار الذمى بالجزية على سب المعبود، بخلاف الأنبياء.

وعن الثالث: أنه لم ينقل فى الخبر أنهم أهل عهد، فلا يتم الدليل، أو كان فى أول الإسلام، حيث كانت الموادعة مشروعة وهو الجواب عن الرابع، مع أنه روى أنها قتلت وإن قلنا قتله كفر: لم تقبل التوبة من المسلم؛ لأنها لا تعرف.

تفريع:

قال أصبغ: ميراثه لورثته إن كان مستترًا[(٥)]، أو مظهرًا: فللمسلمين.

---

(١) فى أ: ونفرض.

(٢) أخرجه البخارى (١١/ ٤٤) فى كتاب الاستئذان: باب كيف الرد على أهل الذمة بالسلام (٦٢٥٦)، ومسلم (٤/ ١٧٠٦) فى كتاب السلام: باب النهى عن ابتداء أهل الكتاب بالسلام (١٠/ ١٦٥).

(٣) أخرجه البخارى (٥/ ٥٥) كتاب الهبة وفضلها: باب قبول الهدية من المشركين (٢٦١٧)، ومسلم (٤/ ١٧٢١) كتاب السلام باب السُّمّ (٤٥/ ٢١٩٠) من حديث أنس بن مالك.

(٤) فى أ: التعدى.

(٥) فى أ: مستترًا.

قال ابن القاسم، ومالك: يقتل الساب الكافر إلا أن يسلم.

قال سحنون: لا يقال له: أسلم، ولكن إن أسلم فذلك توبته.

قال ابن القاسم: إن شتم الأنبياء أو أحدًا منهم، أو نقصه: قتل، ولم يستتب ﴿لَا نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِّنْهُمْ﴾ [البقرة:١٣٦].

قال مالك: إن قال الكافر: مسكين محمد، يخبركم أنكم فى الجنة، فهو الآن فى الجنة، فما له لم يغن عن نفسه حين كانت الكلاب تأكل ساقيه.

قال: لو قتلوه استراحوا منه، وأرى أن تضرب عنقه، والفرق بين توبة المسلم لا تقبل بخلاف الكافر: أن قتل المسلم حد، وهو زنديق لا تعرف توبته، والكافر كان على كفره فيعتبر إسلامه، ولا يجعل سبه من جملة كفره؛ لأنا لا نعطيهم العهد على ذلك، ولا على قتلنا، وأخذ أموالنا، ولو قتل أحدنا قتلناه، وإن كان من دينه استحلاله.

قال سحنون: ولو بذل الحربى الجزية فى إظهار السب للأنبياء - عليهم السلام -: لم نقبله، وحل لنا دمه، كذلك[1] يحل دمه بالسب الطارئ، ويسقط القتل عنه فى السب بإسلامه، ولا يسقط القتل [بإسلامنا][2] بقتلنا ؛ لأن حق الآدمى لا يسقط بالتوبة.

قال مالك: إن قال: رداء النبى - عليه السلام - وسخ، يريد عيبه: قتل، وإن عير بالفقر، فقال: يعيرون بالفقر، وقد رعى رسول ﷺ الغنم: يؤدب؛ لأنه عرض بذكره - عليه السلام - فى غير موضعه، ولا ينبغى إذا عوقب أهل الذنوب أن يقول: قد أخطأت الأنبياء قبلنا.

وقال عمر بن عبد العزيز: انظروا لنا كاتبًا يكون أبوه عربيًا، فقال كاتبه: قد كان أبو النبى ﷺ كافرًا، فقال له جعلته - عليه السلام - مثلًا؟ لا تكتب لى أبدًا.

قال سحنون: إن خاصمته، فأغضبته فقال ﷺ النبى محمد، فقال الطالب: لا صلى الله على من صلى عليه [، هل هو كمن شتم النبى ﷺ، أو الملائكة الذين يصلون عليه][3] قال: لا إذا كان على وجه الغضب [والضيق؛ لأنه لم يكن مصرًا

(١) فى أ: فلذلك.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى أ.

على السب، بل تكلم على وجه الغضب][(١)].

قال أصبغ: لا يقتل؛ لأنه إنما شتم الناس[(٢)].

وقال الحارث: يقتل، وسب الملائكة كسب الأنبياء، وعن ابن القاسم فى الكتابى أو المجوسى يقول: إن محمدًا لم يرسل إلينا، بل إنما أرسل إليكم، وإنما نبينا موسى، أو عيسى، أو لم يرسل، أو لم ينزل عليه قرآن، وإنما هو شىء يقوله ونحو هذا يقتل.

قال مالك: إن ناديته، فأجابك: لبيك اللهم لبيك، جاهلًا: لا شىء عليه.

قال سحنون: يكره قولك عند التعجب: صلى الله على النبى محمد، ولا يصلى على النبى - عليه السلام - إلا على وجه التقرب.

قال ابن القاسم: إن قال: ديننا خير من دينكم، وإنما دينكم دين الحمير، أو سمع المؤذن يقول: أشهد أن محمدًا رسول الله، فقال: كذلك يعظكم الله - فيه الأدب الوجيع، والسجن الطويل. وإن سب، فقتلته غيظًا، وثبت أن قوله يوجب القتل: فلا شىء عليك، وإلا فعليك ديته، وضرب مائة، وحبس سنة.

وإن سب أحد معاوية، أو غيره: فإن نسبه للضلال، والكفر: قتل، أو غير ذلك من مسافهة الناس: نكل نكالًا شديدًا، وإن قال: إن جبريل - عليه السلام - أخطأ فى الوحى: استتيب، فإن تاب، وإلا قتل، وقيل: من كفر صحابيًّا أوجع ضربًا.

وعن سحنون: إن كفر أبا بكر، وعمر، وعثمان، وعليًّا: قتل، وينكل فى غيرهم.

قال القاضى فى الشفا: من سبه - عليه السلام - أو عابه، أو ألحق به نقصًا فى نفسه، أو نسبه، أو دينه، أو خصلة من خصاله، أو عرض به، أو شبهه بشىء على وجه السب أو الازدراء، أو التصغير لشأنه، أو الغض منه - يقتل كالسَّابِّ.

ويستوى التصريح والتلويح، وكذلك من دعا عليه، أو تمنى مضرة له، وكذلك إن نسب له سخفًا، أو هجرًا من القول، أو عيّره بشىء مما جرى من البلاء، وبشىء من العوارض البشرية المعهودة لديه، وهذا كله مجمع عليه من الصحابة وغيرهم.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: يشتم الثانى.

وعن ابن كنانة: يخير الإمام فى السَّابِّ المسلم: فى صلبه حيًا، أو قتله، ويقتل من قال: هو يتيم أبى طالب، أو كان أسود، وإن قيل لرجل: لا، وحق رسول الله فقال: فعل الله برسول الله كذا وكذا وذكر كلامًا قبيحًا، فقيل له: ما تقول يا عدو الله؟ فقال أشد من الأول، وقال: أردت برسول الله: العقرب، فقال ابن أبى سليمان - صاحب سحنون -: يقتل، ولا يقبل التأويل؛ لصراحة اللفظ.

وأفتى ابن عتاب فى عقاب[١] عشار قال لرجل: أد واشك للنبى - صلى الله عليه وسلم - وقال: إن جهلت فقد جهل بالقتل، وأفتى فقهاء الأندلس بقتل ابن حاتم المتفقه وصلبه لتسميته[٢] - عليه السلام - فى أثناء المناظرة باليتيم، وختن حيدرة، وزعم أنه لم يكن قصدًا.

قال ابن المرابط: من قال: إنه - عليه السلام - هرم: يستتاب، فإن تاب، وإلا قتل؛ لأنه نقص لا يجوز عليه فى خاصته؛ لأنه على بصيرة من أمره، ويقتل من نقصه بسهو، أو سحر، أو هزيمة بعض جيوشه، أو شدة من زمانه، أو ميل لبعض نسائه، ومن لم يقصد الازدراء، ولا يعتقده فى تكلمه بالسب، أو اللعن، أو التكذيب، أو إضافة ما لا يجوز عليه، أو نفى ما يجب له هو مما هو نقص فى حقه، وظهر عدم تعمده وقصد السب إما لجهالة، أو لضجر، أو سُكْر، أو قلة ضبط لسان، أو تهور فى كلامه: فإنه يقتل.

ولا يعذر أحد فى الكفر بالجهالة ولا غيرها، وهو سليم العقل إلا للإكراه، وبه أفتى الأندلسيون فى على ابن حاتم، فى نفيه الزهد عنه - عليه السلام - وقاله ابن أبى زيد، وابن سحنون، وأبو الحسن القابسى ونظر إلى أن السكران إنما ينطق بما يعتقده صاحيًا، ولأنه حد لا يسقطه السكر، كالقذف، والقتل، وجميع الحدود وأما القاصد لذلك المصرح فأشبه بالمرتد، ويقوى الخلاف فى استتابته أو مستترًا فهو كالزنديق لا تسقط قتله التوبة، ومن تنبأ، وزعم أنه يوحى إليه: قال ابن القاسم: هو مرتد، لكفره بقوله - تعالى -: ﴿وَخَاتَمَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ﴾ [الأحزاب: ٤٠].

قال أشهب: فإن كان ذميًا: استتيب، إن أعلن ذلك، فإن تاب وإلا قتل.

---

(١) فى أ: عتاب.

(٢) فى ط: وتسميته.

وقال ابن سحنون: من شك فى حرف مما جاء به محمد ﷺ عن الله فهو كافر.

قال أحمد بن أبى سليمان لمن قال: إنه - عليه السلام - مات قبل أن يلتحى، وأنه كان بتاهرت: قتل؛ لأن ذلك نفى له، وتبديل صفته وموضعه كفر، واللفظ المجمل الذى يمكن حمله على النبى - عليه السلام - وعلى غيره ويتردد فى حال المطلق: هل أراده مكرهًا أم لا؟ فقيل: يقتل؛ رعاية لحماه - عليه السلام - وقيل: لا يقتل؛ حماية للدم.

وقال سحنون فيمن أغضبه غريمه، فقال له ﷺ فقال: لا صلى الله على من صلى عليه: ليس كالسَّابِّ؛ لأجل الغضب، ولم يتضمن كلامه الشتم لأنه إنما شتم الناس دون الملائكة، بل مخاطبه فقط، وقال ابن الحارث بن مسكين وغيره يقتل.

وتوقف القابسى فى القائل: كل صاحب فندق قرنان، ولو كان نبيًا وشده بالقيود حتى يستفهم البينة عما يدل على مقصده: هل أراد أصحاب الفنادق الآن، فليس فيهم نبى، فيكون أمره أخف، لكن ظاهر لفظه العموم.

وفى متقدمى الأنبياء - عليهم السلام - من اكتسب المال، فوقع التردد.

وقال ابن أبى زيد فى القائل: لعن الله العرب، ولعن بنى إسرائيل، ولعن الله بنى آدم، وقال: إنما أردت الظالمين منهم - يؤدب باجتهاد السلطان، قال: وكذلك: لعن الله من حرم المسكر، وقال: لم أعلم من حرمه [: لا، ومن قال: لا يبع حاضر لبادٍ: إن عذر بجهله أدب الأدب الوجيع، كأنه أراد من حرمه][(١)] من الناس، وكذلك: يابن ألف خنزير، مع أنه يدخل فى هذا العدد جماعة من آبائه أساء، فيزجر عنه وإن علم قصده الأنبياء: قتل.

وقد يضيق القول، لو قال لهاشمى: لعن الله بنى هاشم ولمن قال له: أتتهمنى، فقال: الأنبياء يتهمون، فكيف أنت؟ قال أبو إسحاق: يقتل؛ لبشاعة ظاهر اللفظ، وتوقف ابن منظور؛ لاحتمال أن يكون خبرًا عمن اتهمهم من الكفار، فأطال القاضى تصفيده واستحلفه بعد ذلك على تكذيب ما شهد به عليه، وأطلقه.

فإن لم يذكر نقصًا ولا عيبًا، بل ذكر بعض أحواله - عليه السلام - حجة ومثلًا لنفسه، وغيره لبعض حاله على طريق التأسى، بل لرفع نفسه، قصد الهزل، كقوله:

---

(١) سقط فى أ.

إن قيل فىّ المكروه، فقد قيل فى النبى - عليه السلام - فإن أذنبت، فقد أذنب، وكيف أسلم من الألسنة، ولم يسلم الأنبياء وقد صبرت كما صبر النبى، وصبر النبى أكثر منى، وكقول المتنبى:

أنا فى أمة تداركها الله		غريب كصالح فى ثمود[(١)]

وقول المعرى:

كنت موسى وافته بنت شعيب		غير أن ليس فيكما من فقير

وآخر البيت . . . وداخل فى الإزراء والتحقير، وكذلك قوله:

هو مثله فى الفضل إلا أنه		لم يأته برسالة جبريل

هو تشبيه بالنبى - عليه السلام - أو تفضيل عليه باستغنائه عن الرسالة، وهو أشد، وقول الآخر:

فر من الخلد واستجار بنار		فصبر الله فؤاد رضوان

وقول الآخر:

وكأن أبا بكر أبو بكر الرضا		وحسان حسان وأنت محمد

فهذه ونحوها، إن درئ بها القتل: ففيها الأدب والسجن بحسب شناعة المقالة، وحال القائل فى نفسه فى كونه معروفًا بذلك أو لا.

ولم يزل المتقدمون ينكرون مثل هذا، فأنكر الرشيد على أبى نواس:

فإن يك باقى سحر فرعون فيكم		فإن عصا موسى بكف خضيب

وقال له: يابن اللخناء أنت المستهزئ بعصا موسى؟! وأخرجه من عسكره، وأنكروا عليه - أيضًا - قوله:

كيف لا يدنيك من أملٍ		من رسول الله من نفره

لأن حقه - عليه السلام - أن يضاف إليه، ولا يضاف.

وقال مالك: إذا عير بالفقر، فقال: رعى النبى ﷺ يؤدب.

ومنع سحنون أن يصلى على النبى ﷺ عند التعجب، بل على وجه التقرب.

وقال القابسى: إذا قال فى قبيح الوجه: كأنه وجه نكير، أو عبوس: كأنه وجه مالك يؤدب؛ لأنه قصد بالذم المخاطب، وإن أراد به كمالك يغضب لغضب الله

(١) البيت فى ديوانه (٢/٤٨)، والتاج (نبأ).

فهو أخف أدبًا، وكل ما طريقه الأدب: إذا ندم قائله لم يؤدب.

وأما إن وقعت هذه الألفاظ حكاية عن الغير: فإن كانت للشهادة، أو النفى عن قائلها؛ لأنه ممن يخشى اتباعه: فحسن، وإلا فلا يحكى، فإن التفكه بالأعراض محرم ومن كان مولعا بذلك، ورواية هجوه - عليه السلام -: فيقتل، ولا ينفعه نسبته إلى غيره، وحكى الإجماع فى تحريم هجوه - عليه السلام - وكتابته، وقد أسقط المحرزون لدينهم من أحاديث المغازى والسير ذلك، وقد كره تعليم النساء سورة يوسف؛ لضعف معرفتهن، ولا يروى من الأحاديث المحتاجة إلى التأويل إلا الصحيح، بل كره مالك وغيره رواية ما ليس فيه عمل.

ومشهور المذهب: قتل السَّابِّ حدًّا لا كفرًا، لا تسقطه التوبة، ولا تقبل توبة الزنديق على المشهور، خلافًا للشافعى، ووافقنا ابن حنبل، وعند (ح) خلاف.

والسَّابُّ[1] المعتقد حله كافر اتفاقًا، وكذلك إن كان السب كفرًا، كالتكذيب، ويقتل - وإن تاب - حدًّا، فإن لم تتم الشهادة على الساب، بل شهد الواحد، أو لفيف الناس، أو ثبت قوله، إلا أنه يحتمل، أو تاب، على القول بقبول توبته: فيعذر بقدر حاله، وقوة الشهادة: من التضييق فى السجن، وشدة القيود إلى غاية انتهاء طاقته بحيث لا يمنعه القيام لضرورته، وصلاته، فإن أثبت عداوة البينة، وهى غير مبرزة، وهو غير متهم: فلا يعرض له وإلا اجتهد فى تنكيله.

ومن سب النبى بغير ما به كفر: قتل، ووقع لأصحابنا كلام، وظواهر ظاهرها: أن يجرى الخلاف فيما به كفر أنه يقتل.

ومذهب ابن القاسم: لا يقتل، وإن أسلم قبل: سقط القتل؛ لأن الإسلام يجب ما قبله، وقيل: لا؛ لأن حق الآدمى لا يسقط بالتأويل بالتوبة، واختلف فى القائل: لقيت فى مرضى ما لو قتلت أبا بكر لم أستوجبه قيل: يقتل؛ لأنه نسب الله - تعالى - إلى الجور، وقيل: يبالغ فى تنكيله؛ لأن مقصوده الشكوى، لا السب.

وأكثر قول مالك، وأصحابه، والأشعرى: عدم تكفير أهل الأهواء، وإنما قال مالك: إن تابوا، وإلا قتلوا؛ لأنه من الفساد فى الأرض وجمهور السلف على تكفيرهم؛ نظرًا إلى أنهم إنما قصدوا التعظيم مع[2] الاعتراف بالرسالة، والتنقيص

---

(١) فى أ: والسب.

(٢) فى ط: من.

لازم بمذهبهم، ولا خلاف فى تكفير من نفى الربوبية، أو الوحدانية، أو عبد مع الله غيره، أو هو دهرى، أو مانوى، أو صابئ، أو حلولى، أو تناسخى، أو من الروافض، أو اعتقد أن الله غير حى، أو قديم، أو مصور، أو صنع العالم غيره، أو هو متولد من شىء، أو ادعى مجالسة الله - تعالى - أو العروج إليه ومكالمته، أو قال بقدم العالم أو بقائه، أو شك فى ذلك، أو قال بنبوة على، أو جوز على الأنبياء الكذب وأنهم خاطبوا الخلق بالوعد والوعيد للمصلحة، أو قال: فى كل جنس من الحيوان نذير، فإن فيه تجويز اتصافه بوصف الكلية ونحوها؛ محتجًا بقوله - تعالى -: ﴿وَإِن مِّنْ أُمَّةٍ إِلَّا خَلَا فِيهَا نَذِيرٌ﴾ [فاطر: ٢٤]، أو قال بتخصيص الرسالة للعرب، أو جوز اكتساب النبوة، أو أنه يوحى إليه، أو يصعد السماء، أو يدخل الجنة، أو يأكل من ثمارها، أو قال بإبطال الرجم وغيره من ضروريات الدين.

أو كفر جميع الصحابة؛ لأنه يؤدى إلى بطلان الدين، أو يسعى للكنائس بزى النصارى، أو قال بأن الصلاة طرفى النهار، أو قال بسقوط العبادة عن بعض الأولياء، أو أنكر مكة، أو البيت، أو المسجد الحرام، أو قال: الاستقبال حق، ولكن لغير هذه البقعة، أو شك فى ذلك، وهو ممن يظن به علم ذلك أو يخالط المسلمين، بخلاف حديث الإسلام، أو جحد صفة الحج، أو الصلوات، أو جحد حرفًا من القرآن، أو زاده، أو غيره، أو قال: ليس بمعجزة.

أو قال: الثواب والعقاب معهودان، وكذلك القائل: الأئمة أفضل من الأنبياء. وأما من أنكر ما لا يتعلق بالدين، كغزوة تبوك، أو وجود أبى بكر، وعمر: لا يكفر، إلا أن ينكر ذلك؛ لتوهين نقل المسلمين أجمع: فيكفر وأما إنكاره الإجماع المجرد الذى ليس طريقه التواتر عند التنازع: فأكثر المسلمين من الفقهاء والنظار على تكفيره لمخالفة الإجماع الجامع للشرائط.

قاعدة: الكفر هو انتهاك خاص لحرمة الربوبية إما بالجهل بوجوده، أو صفاته، أو بفعل: كرمى المصحف فى القاذورات، والسجود للصنم، أو التردد للكنائس بزى النصارى فى أعيادهم، أو جحد ما علم من الدين بالضرورة، فقولنا: خاص، احتراز من المعاصى، فإنها انتهاك، وليست كفرًا وألحق الشيخ أبو الحسن الأشعرى بذلك إرادة الكفر: كبناء الكنائس ليكفر فيها، أو قتل نبى مع اعتقاد صحة رسالته ليميت

شريعته، ومنه: تأخير إسلام من أتى[١] يسلم، ولا يندرج فى ذلك الدعاء بسوء الخاتمة للعدو، وإن كان إرادة الكفر؛ لأنه ليس مقصودًا فيه حرمة الله بدلالة المدعو عليه.

واستشكل بعض العلماء الفرق بين السجود للشجرة، أو للوالد فى أن الأولى كفر دون الثانى مع أن كليهما قصد به التقرب إلى الله - تعالى - لقولهم ﴿مَا نَعْبُدُهُمْ إِلَّا لِيُقَرِّبُونَآ إِلَى ٱللَّهِ زُلْفَىٰٓ﴾ [الزمر:٣] مع أن القاعدة: أن الفرق بين الكفر بالكبيرة والصغيرة إنما هو بعظم المفسدة وصغرها لاشتراك الجميع فى النهى، وما بين هاتين الصورتين من المفسدة التى يعلمها ما يقتضى الكفر قال صاحب الشفا: وللإجماع على تكفير من جحد أن الله - تعالى - عالم، أو متكلم، أو غير ذلك من صفاته الذاتية، فإن جهل الصفة ولم ينكرها كفره الطبرى وغيره، وقيل: لا يكفر، وإليه رجع الأشعرى؛ لأنه لم يصمم على اعتقاد ذلك، ويعضده حديث القائل: لئن قدر الله على[٢] وحديث السوداء[٣] فأكثر الناس لو كوشفوا[٤] عن الصفات لم يعلمها.

فرع: فى الشفا: إذا تزندق الذمى لا يقتل عند مالك؛ لأنه خرج من كفر إلى كفر. وقال عبد الملك: يقتل؛ لأنه لا يقر بالجزية عليه.

فرع: قال: السكران والمجنون، ما علم أنهما قالاه فى حال لا يميزان فيه: فلا عبرة به، وما قالاه فى حال الميز وإن فقد العقل الموجب للتكليف: أدبا، ويوالى أدبهما على ذلك، كما يؤدبان على قبائح أفعالهما استصلاحًا لهما كالبهائم تراض.

قال القابسى: إن قال السكران: أنا الله[٥] إن تاب: أدب، وإن عاد لقوله: طولب مطالبة الزنديق، فإنه كفر المتلاعبين.

فرع: قال: إن أتى بسخيف القول غير قاصد للكفر، والاستخفاف، كالقائل لما نزل عليه المطر: بدأ الخراز يرش جلوده، أفتى جماعة بالأدب فقط؛ لأنه عبث،

---

(١) فى أ: أبى.
(٢) أخرجه البخارى (٣٤٨١) و (٧٥٠٦)، ومسلم (٢٤/٢٧٥٦) من حديث أبى هريرة.
(٣) تقدم.
(٤) فى أ: كشف.
(٥) فى أ: أن الله تاب.

وأفتى جماعة بقتله؛ لأنه سب، هذا إن كان يتكرر منه، أما الفلتة الواحدة: فالأدب.

وأفتى ابن القاسم فى القائل لرجل، لما ناداه: لبيك اللهم لبيك: إن كان جاهلًا، وقاله سفهًا[١]: فلا شيء عليه، وقول بعض الجاهلية:

رب العباد ما لنا وما لك
قد كنت تسقينا فما بدا لك
أنزل علينا الغيث لا أبا لك[٢]

ونحو ذلك ممن لا تهذبه الشريعة والعلم، فيعلم ويزجر.

فرع: قال: وكل نبى أو ملك حكمه فى ذلك كما تقدم إن أجمعت الأمة على أنه نبى أو ملك وإلا لم ينته الأمر إلى القتل بل الأدب بقدر حال المقول فيه، كهاروت وماروت من الملائكة والخضر، ولقمان، وذو القرنين، ومريم وآسية، وخالد بن سنان المقول أنه نبى أهل الداسر، وزرادشت الذى تدعى المجوس والمؤرخون نبوته، وأما إنكار نبوته، وكونه من الملائكة: فإن كان المنكر عالمًا لم يتعرض له؛ لأنها مسألة خلاف، أو جاهلًا: زجر عن الخوض فيه، فإن عاد: أدب إذ ليس لهم الكلام فى مثل هذا.

قال القاضى: وأجمع المسلمون: أن الملائكة مؤمنون فضلًا وأن المرسل منهم معصوم، واختلف فى عصمة غير المرسل، والصواب: عصمة الجميع، وإن لم يرو فى هاروت وماروت عن رسول الله ﷺ شيء، إنما هو اختلاف المفسرين.

قال الطرطوشى: فى الآية دليل على أن من الملائكة من يعصى، ويستحق العقاب، ولا يعارض قوله - تعالى -: ﴿لَّا يَعْصُونَ ٱللَّهَ مَآ أَمَرَهُمْ﴾ [التحريم: ٦] يحمل على جمهورهم والمعصومين منهم، وكلامه يخالف كلام القاضى.

فرع: قال ابن سحنون: يقتل القائل: المعوذتان ليستا من كتاب الله، إلا أن يتوب، وإن قال: لعن الله التوراة بعد التأويل فى صرفها للباطلة.

فرع: قال مالك: من انتسب إلى بيت النبى ﷺ يضرب ضربًا وجيعًا، ويشهر، ويحبس طويلًا حتى تظهر توبته؛ لأنه استخف بحق الرسول عليه السلام.

السادسة: فى النوادر: قال ابن القاسم: يقتل المتنبئ أسر[٣] ذلك أو أعلنه.

---

(١) فى أ: سفه.
(٢) الرجز بلا نسبة فى اللسان (أبى).
(٣) فى أ: أثر.

السابعة: قال الطرطوشى: للسحر حقيقة، وقد يموت المسحور، أو يتغير طبعه، وعادته وإن لم يباشره.

وقاله (ش)، وابن حنبل.

وقال أصحاب (ح): إن وصل إلى بدنه كالدخان، ونحوه: جاز أن يؤثر، وإلا فلا، وقال القدرية: لا حقيقة له.

لنا: الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب: فقوله - تعالى -: ﴿يُعَلِّمُونَ ٱلنَّاسَ ٱلسِّحْرَ﴾ [البقرة: ١٠٢] وما لا حقيقة له لا يعلم، و [لا][١] يلزم صدور الكفر من الملائكة؛ لأنه قرئ الملكين - بكسر اللام - أو [هما][٢] ملكان، وأذن لهما فى تعليم الناس؛ ليفرق بين السحر والمعجزة؛ لأن [٣] مصلحة الخلق كانت تقتضى ذلك فى ذلك الوقت، ثم صعدا إلى السماء، وقولهما: فلا تكفر، أى: لا تستعمله على وجه الكفر، كما يقال: خذ المال، ولا تفسق به، أو يكون معنى قوله - تعالى -: ﴿يُعَلِّمُونَ ٱلنَّاسَ﴾ أى: يقع التعليم، لا عن التسليم، وقولهما: ﴿إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ﴾ [البقرة: ١٠٢] يدل على أن تعلم السحر كفر.

وفى الصحيحين: أنه - عليه الصلاة والسلام - سُحر، فكان - عليه السلام - يخيل له أنه يأتى النساء وما يأتيهن... [٤] الحديث، وقد سحرت عائشة - رضى الله عنها - جارية اشترتها[٥]، وخبر السحر ووقوعه كان معلومًا للصحابة - رضوان الله عليهم - فهم مجمعون عليه، ولأن الله - تعالى - قادر على خلق ما يشاء عقيب كلام مخصوص أو أدعية[٦] مخصوصة.

احتجوا بقوله - تعالى -: ﴿يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِن سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَىٰ﴾ [طه: ٦٦] ولأنه لو كان

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) زاد فى أ: من.
(٤) أخرجه البخارى (٦/ ٤١٤) حديث (٣١٧٥) ومسلم (٧/ ٤٢٩ نووى) حديث (٤٣-٤٤/ ٢١٨٩)، والنسائى فى الكبرى (٤/ ٣٨٠)، والحميدى (١/ ١٢٥) حديث (٢٥٩)، وابن حبان (١٤/ ٥٤٥) (٥٤٨) من حديث عائشة.
(٥) أخرجه الشافعى فى المسند (٢/ ٦٧) (٢٢١)، والحاكم (٤/ ٢١٩)، والبيهقى (٨/ ٣١٣).
(٦) فى أ: أو أدبه.

حقيقة لأمكن الساحر أن يدعى به النبوة، فإنه يأتى بالخوارق على اختلاف أنواعها.

والجواب عن الأول: أنه حجة لنا؛ لأنه - تعالى - أثبت السحر، وإنما لم ينهض بالخيال إلى السعى، ونحن لا ندعى أن كل سحر ينهض إلى كل المفاسد.

وعن الثانى: أن إضلال الله - تعالى - للخلق ممكن، لكن الله - تعالى - أجرى عادته بضبط مصالحهم، فما يسر ذلك على السحرة، فكم من ممكن منعه الله - تعالى - من الدخول فى العالم لأنواع من الحكم، إذا ثبت هذا.

قال: مالك وأصحابه: الساحر كافر، فيقتل ولا يستتاب سحر مسلمًا أو ذميًا كالزنديق.

قال محمد: إن كان أظهره: قبلت توبته.

قال أصبغ: إن أظهره ولم يتب، فقتل فماله لبيت المال، وإن استسر[1]: فلورثته من المسلمين، ولا آمرهم بالصلاة عليه، فإن فعلوا فهم أعلم، ومن قول علمائنا القدماء: لا يقتل حتى يثبت أنه من السحر الذى وصفه الله بأنه كفر.

قال أصبغ: يكشف عن ذلك من يعرف حقيقته، ولا يلى قتله إلا السلطان، فإن سحر المكاتب أو العبد سيده لم يل سيده قتله؛ بل الإمام.

ولا يقتل الذمى إلا أن يضر المسلم سحره، فيكون نقضًا للعهد، فيقتل، ولا يقبل منه الإسلام وإن سحر أهل ملته، فيؤدب إلا أن يقتل أحدًا، فيقتل به.

وقال سحنون: يقتل إلا أن يسلم كالسَّابِّ، وهو خلاف قول مالك، وإن ذهب لمن يعمل له سحرًا ولم يباشر: أدب تهديدًا؛ لأنه أمر لم يكفر، وإنما ركن للكفر، وأما[2] حقيقة السحر: ففى الموازية: إن قطع أذنًا، ثم لصقها، أو أدخل السكاكين فى جوف نفسه: إن كان سحرًا: قتل، وإلا فلا.

واختلف الأصوليون، فقال بعضهم: لا يكون إلا رقى[3] أجرى الله عادته أن يخلق عنده افتراق المتحابين.

قال الأستاذ أبو إسحاق: بل يقع به التغيير، والضنى، وربما أتلف، وأبغض، وأحب، وأوجب الصلة، وفيه أدوية مثل المرائى والأكباد والأدمغة فهذا الذى يجوز

---

(١) فى أ: استيسر.
(٢) فى أ: وإنما.
(٣) فى أ: بقاء.

عادة، وأما طلوع الزرع فى الحال، ونقل الأمتعة، والقتل على الفور، والعمى، والصمم، ونحوه، وتعلم الغيب[1] ممتنع، وإلا لم يأمن أحد على ماله، ونفسه عند العداوة.

وقد وقع القتل والقتال بين السحرة، ولم يبلغ أحد ما بلغ فيه القبط، وقطع فرعون أيديهم، وأرجلهم، ولم يتمكنوا من الدفع عن أنفسهم، والهروب والتبديل.

وحكى ابن المجوسى: أن أكثر علمائنا جوزوا أن يستدق جسم الساحر حتى يلج فى الكوة، ويجرى على خيط مستدق، ويطير فى الهواء، ويقتل غيره.

قال القاضى: ولا يقع فيه إلا ما هو مقدور للبشر، وأجمعت الأمة على أن السحر لا يصل إلى إحياء الموتى، ولا إبراء الأكمه، والأبرص، وفلق البحر، وإنطاق البهائم، ولولا الإجماع لجاز هذا عقلًا.

إذا ثبت هذا: فتعلمه وتعليمه كفر عند مالك.

وقال الحنفية: إن اعتقد أن الشياطين تفعل له ما يشاء: فهو كافر، وإن اعتقد أنه تخييل وتمويه: لم يكفر.

وقال الشافعية: يصفه: فإن وجدنا فيه ما هو كفر، كالتقرب للكواكب، أو يعتقد أنها تفعل ما يلتمس منها هو كفر، وإن لم نجد فيه كفرًا: فإن اعتقد إباحته فهو كفر.

قال الطرطوشى: وهذا متفق عليه؛ لأن القرآن نطق بتحريمه.

قال الشافعية: إن قال: سحرى يقتل غالبًا وقتلت به - وإن كان الغالب منه السلامة - فعليه الدية مغلظة فى ماله؛ لأن العاقلة لا تحمل الإقرار.

وقال (ح): إن قال: قتلته بسحرى: لم يجب عليه القود؛ لأنه قتل بمثقل، وإن تكرر ذلك منه: قتل؛ لأنه سعى فى الفساد فى الأرض.

لنا مفهوم قوله - تعالى -: ﴿وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّىٰ يَقُولَا إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ﴾ [البقرة: ١٠٢] أى: بتعليمه ﴿وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ وَلَٰكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ﴾ [البقرة: ١٠٢] ولأنه لا يتأتى إلا ممن يعتقد أنه بقدرته على تغيير الأجسام، والجزم بذلك كفر، أو نقول: هو علامة الكفر بإخبار الشرع، فلو

---

(١) فى أ: الغير.

قال الشارع: من دخل موضع كذا فهو كافر، اعتقدنا كفر الداخل، وإن لم يكن الدخول كفرًا وإن أخبرنا هو أنه مؤمن لم نصدقه.

قال: فهذا معنى قول أصحابنا: إن السحر كفر، أى: دليل الكفر، لا كفر فى نفسه: كأكل الخنزير، وشرب الخمر، والتردد إلى الكنائس فى أعياد النصارى، فنحكم بكفر فاعله، وإن لم تكن هذه الأمور كفرًا لا سيما وتعلمه لا يتأتى إلا بمباشرته، كمن أراد أن يتعلم الزمر أو ضرب العود، والسحر لا يتم إلا بالكفر، كقيامه إذا أراد سحر سلطان ببرج الأسد، ماثلًا خاضعًا متقربًا له، ويناديه: يا سيدى يا عظيم أنت الذى إليك تدبير الملك، والجبابرة، والأسود، أسألك أن تذلل لى قلب فلان الجبار.

احتجوا بأن تعلم صريح الكفر ليس بكفر، فالسحر أولى، ولو قال الإنسان: أنا تعلمت كيف يكفر بالله لأتجنبه، أو كيف يزنى ويعصى ولا أفعله: لم يأثم.

والجواب: لا نكفره به، بل بأن صاحب الشرع أخبر أنه لا يتعلمه، ولأنه لا يتأتى علمه إلا بمباشرته، كضرب العود، ونحوه، وعنه - عليه السلام - «حَدُّ السَّاحِرِ ضَرْبَةٌ بِالسَّيفِ»[(١)].

وقال عمر - رضى الله عنه -: يقتل كل ساحر وساحرة، وقاله جماعة من الصحابة.

تنبيه: هذه المسألة فى غاية الإشكال؛ فإن السحرة يعتمدون أشياء تأبى قواعد الشريعة تكفيرهم بها، منها: أنهم يرمون الكلب بالحجر فيعضه الكلب، فيجعل الحجر فى زير الشرب بعد أن يكتب عليه آية من القرآن على ما أنزلت، فيحدث أثرًا مخصوصًا، ومن هذا النحو كثير مما يعتمده المغاربة، وكثير من الناس فى المحبة، والبغض، والرحيل، والعقد عن الوطء وغير ذلك، آيات من كتابه - تعالى - مضافة إلى تصميم الفاعل على تأثير ذلك، وخاصية نفسه، فتحصل تلك الآثار، ويسمونه علم المخلاة.

فلا يمكن تكفيرهم بالقرآن ولا باعتقادهم أن الله يفعل عندها ذلك، فإنهم

---

(١) أخرجه الترمذى (١٤٦٠)، والحاكم (٤/ ٣٦٠)، والطبرانى فى الكبير (١٢/ ١٧٢)، والدارقطنى (٣/ ١١٤)، وابن عدى فى الكامل (١/ ٢٨٢) من حديث جندب الخير الأزدى.

جربوه، فوجدوه كالعقاقير ولا لخواص نفوسهم؛ لأنها ليست من كسبهم، وأما اعتقادهم أن الكواكب تفعل بغير قدرة الله - تعالى - فهى قريب من الكفر، مع أن بعض العلماء قد أورد عليه اعتقاد المعتزلة أن الحيوانات كلها تفعل بغير قدرة الله - تعالى -، مع أن الصحيح عدم تكفيرهم بخلق الأفعال، ومنهم من فرق بأن الكواكب فى جهة العلو وتبعد كثيرًا، فيكون ذلك تقريبًا من دعوى إلهية لها، بخلاف الحيوانات، وورد عليه: أن البقر عبد كثيرًا، وبالجملة، والتكفير به ليس مشكلًا، بل نكفر المعتزلة بذلك، وأما قول الأصحاب: إنه علم على الكفر، فمشكل لأنا نعلم أن حال الإنسان فى إيمانه قبل السحر، كحاله بعده، والشرع لا يخبر على خلاف الواقع.

فإن أرادوا الخاتمة: فمشكل - أيضًا - لأنا لا نكفر فى الحال بكفر متوقع فى المآل كما أنا لا نجعله مؤمنًا فى الحال، وهو يعبد الأصنام؛ لأجل إيمان يتوقع، بل لكل حال حكم شرعى؛ لأنها أسباب شرعية، ولا يترتب الحكم الشرعى قبل سببه، وإن قطع بوقوعه كما أنا نقطع بغروب الشمس ولا نرتب أحكامه قبله من الفطر، وصلاة المغرب، وغير ذلك، وإنما قضينا بكفر المتردد للكنائس، ونحوه فى القضاء دون الفتيا، وبينه وبين الله - تعالى - قد يكون مسلمًا، فافترق البابان، فالذى يستقيم فى هذه المسألة: ما حكاه الطرطوشى عن قدماء أصحابنا: أنا لا نكفره حتى يثبت أنه من السحر الذى كفر الله - تعالى - به، أو يكون سحرًا [مشتملا على كفر][1] كما قاله (ش)، وما عدا ذلك فمشكل، فتأمله، فليس إراقة الدماء بسهل، ولا القضاء بالتكفير، وكثير من أصحابنا يتحسرون[2] عليها.

ولقد وجدت عند بعض الطلبة فى بعض المدارس كراسًا فيه المحبة والبغضة، ونحوهما مما تقدم وأنه يتعاناها، فأفتى أصحابنا بتكفيره، وهذا من غير تفصيل أمر عظيم فى الدين، بل تحريم هذا الباب مطلقًا مشكل، إلا بعد تفصيل طال، وإلا فمن سعى فى محبة بين زوجين بآية من كتاب الله، أو بغضة بين زانيين بقرآن يتلى ينبغى أن يجاب، أو يندب إليه فضلًا عن التحريم.

النظر الثانى: فى الأحكام فى نفسه، وولده، وماله، وجنايته، والجناية عليه،

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: يحسدون.

فهذه خمسة أحكام.

الأول: نفسه: ففي الجواهر: يهدر دمه إن لم يتب، فإن تاب: عصمها، وتوبته رجوعه وتغير حاله برجوع المتظاهر عن التظاهر، بل يظهر ضده من الإيمان، وأما الزنديق، وهو الذى يظهر الإيمان ويسر الكفر، أو ظهرنا عليه فى حال زندقته فأذعن فلا يرجع بمجرد دعواه، حتى يظهر صدقه؛ لأنه بدعواه لم يخرج عن عادته من التقية، ولذلك نقول: لا تقبل توبته؛ لأنها لا تعرف، ولا نقول: لا تقبل، فلو جاء تائبًا قبل الظهور عليه، ولم نعلم كفره إلا من قوله: قبلناه، وعدم قبولها شاذ فى المذهب، وكذلك الساحر.

قال الطرطوشى: قال ابن القاسم: سواء فى الزنديق ولد على ذلك أم لا، وسواء الرجل، والمرأة، والعبد.

و(ش) ومن يرتد ومن فى الذمة لا يقتل.

قال مالك: لأنه خرج من كفر إلى كفر.

وقال عبد الملك: تقبل؛ لأنه دين لا يقر عليه بجزية.

وقال (ش)، وابن حنبل: نقبل توبته، ظهرنا عليه أم لا، وعند (ح) الروايتان.

لنا: قوله - عليه السلام -: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ» و[1] «لَا يَحِلُّ دَمُ امرِىءٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِإِحْدَى ثَلَاثٍ كفرٍ بَعْدَ إِيمَانٍ...»[2].

احتجوا بقوله - تعالى - ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨] ولم يخص المجاهر، وبقوله - تعالى -: ﴿فَإِن تَابُواْ وَأَقَامُواْ الصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُاْ الزَّكَوٰةَ فَخَلُّواْ سَبِيلَهُمْ﴾ [التوبة: ٥] وبقوله - عليه السلام - «فَإِذَا قَالُوهَا

---

(١) من حديث على بن أبى طالب أخرجه الشافعى (٢/ ٨٦-٨٧)، باب ما جاء فى قطاع الطريق (٢٨٥)، والبخارى (١٢/ ٢٧٩)، كتاب استتابة المرتدين: باب حكم المرتد (٦٩٢٢)، وأبو داود (٤/ ١٢٦) كتاب الحدود: باب الحكم فيمن ارتد (٤٣٥١)، والترمذى (٤/ ٤٨) كتاب الحدود: باب ما جاء فى المرتد (١٤٥٨)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٨) كتاب لحدود: باب المرتد (٢٥٣٥)، والنسائى (٧/ ١٠٤) كتاب تحريم الدم: باب الحكم فى المرتد (٤٠٥٩)، وأحمد (٢/ ٢١٧).

(٢) من حديث عثمان بن عفان: أخرجه أحمد فى المسند (١/ ١٦٣)، وأبو داود (٤/ ١٧٠) كتاب الديات: باب الإمام يأمر بالعفو فى الدم (٤٥٠٢)، والترمذى (٤/ ٤٠٠) كتاب الفتن: باب ما جاء لا يحل دم امرئ مسلم (٢١٥٨)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٧) كتاب الحدود: باب لا يحل دم امرئ مسلم (٢٥٣٣).

عَصَمُوا منِّى دِمَاءَهُم . . .» الحديث، وقبل الرسول ﷺ إسلام عبد الله بن أبى مع علمه بزندقته، وكذلك غيره من المنافقين، والقياس على غيره من الكفار، وفى مسلم قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لأسامة فى رجل قتله وهو يقول لا إلا إلا الله: «مَنْ لَكَ بِـ« لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ»، قال فقلت: يا رسول الله، إنما قالها فرقًا من السلاح، فقال: هَلَّا شَقَقْتَ عَنْ قَلْبِهِ»(١)؛ إشارة إلى تعلق الحكم بالظاهر دون الباطن.

والجواب عن الأول: بحمله على المجاهر؛ جمعًا بينه وبين قوله - تعالى - ﴿فَلَمْ يَكُ يَنفَعُهُمْ إِيمَٰنُهُمْ لَمَّا رَأَوْاْ بَأْسَنَا﴾ [غافر: ٨٥]، أو على أحكام الآخرة، وهو الجواب عن الثانى والثالث.

وعن الرابع: انعقاد الإجماع اليوم [على أن](٢) من علم نفاقه لا يقر، فنقول: عندنا وعندهم يستتاب، وإنما فعله - عليه السلام - لئلا يتحدث الناس أن محمدًا يقتل أصحابه، ولو ثبت ذلك لقتلهم لقيام الحجة له - عليه السلام - كما كان يقتلهم فى الزنى، وغيره؛ لقيام البينة، وعلمه هو وحده ويقر مع علمه، فخاص به عندنا، وعندكم.

وعن الخامس [الفرق](٣) بأن توبة هذا لا تثير ظنًا؛ لأنه حالته المستترة، بخلاف مظهر الكفر.

وعن السادس: أن الإكراه على الإسلام فى الحربى مشروع إجماعًا، ويثبت إسلامه مع الإكراه، بخلاف غيره، لا بد من الإسلام من باطن القلب.

فرع: فى الجواهر: عرض التوبة على المرتد واجب، والنظر أنه يمهل ثلاثة أيام، فيكون الإمهال واجبًا، أو مستحبًا، روايتان.

قال مالك: وما علمت فى استتابته تجويعًا، ولا تعطيشًا، وأرى أن يقات من الطعام ما لا ضرر له معه، ولا عقوبة عليه إن تاب، كان حرًا أو عبدًا، ذكرًا أو أنثى، ارتد عن إسلام(٤) أصلى أو طارئ.

---

(١) من حديث أسامة بن زيد: أخرجه البخارى (٧/ ٥٩٠) كتاب المغازى: باب بعث النبى ﷺ أسامة (٤٢٦٩)، وطرفه فى (٦٨٧٢)، ومسلم (٩٦/١) كتاب الإيمان: باب تحريم قتل الكافر بعد أن قال: لا إله إلا الله (١٥٨-٩٦).

(٢) سقط فى أ.

(٣) سقط فى أ.

(٤) فى أ: الإسلام.

قال الطرطوشي: فإن قتله أحد قبل عرض التوبة: فلا قصاص، ولا دية، قال القاضي أبو الحسن: يعذر عندي في المرة الثالثة؛ لأنه في ردته الثانية بعد مباشرة الإسلام، وانتفاء الشبهة بالإسلام الطارئ بعد المرة الأولى.

وقال (ح): عرض التوبة ليس بواجب، وإن طلب التأجيل.

وعن (ش)، وأحمد قولان.

وقال عبد العزيز بن أبي مسلمة: لا يمهل، ويقتل وإن تاب.

دليل وجوب عرض التوبة قوله - تعالى -: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال:٣٨] والأمر للوجوب، ولأنه إجماع الصحابة، ولأنه يحتمل أن يكون عرضت له شبهة فتأول أو يزيلها عنه.

احتجوا بقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ ثُمَّ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ ثُمَّ ٱزْدَادُواْ كُفْرًا لَّمْ يَكُنِ ٱللَّهُ لِيَغْفِرَ لَهُمْ﴾ [النساء:١٣٧] .

وجوابه: القول بالموجب، فلعلهم الممتنعون عن التوبة.

فرع: ووافقنا (ش)، وأحمد على قتل المرتدة.

وقال (ح) [لا][1] تقتل، وتحبس إن كانت في دار الإسلام حتى تسلم، وإن لحقت بدار الحرب استرقت[2] أو كانت أمة جبرها سيدها على الإسلام إلا أن تكون الملكة، أو الساحرة، وسابة النبي ﷺ تقتل[3] .

وأصل المسألة: أن القتل حد للحرابة، وهي تقاتل، أو للكفر.

لنا: قوله - عليه السلام -: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوه» ولأنها تقتل بالزنى كالرجل، فكذلك الردة، وهي تجبر على الإسلام فتقتل كالرجل فقط؛ أجابوا عن قوله - عليه السلام - «من بدل دينه فاقتلوه» أن المراد به الرجل فقط، لأنه لم يقل: من بدلت، ولا دينها، ولا فاقتلوها، ومفهومه - إذ خصصه بضمير الرجل: ألا تقتل المرأة، وأن الرجل جنى على الإسلام؛ لأنه كان عاصمًا لدمه، والمرأة لا يعصم دمها الإسلام؛ لأنها لا تقتل بالكفر الأصلي، ولأنه - عليه السلام - نهى عن قتل النساء[4] وقياسًا على كفرها الأصلي، وناقصة العقل، فلا تقتل كالصبي.

---

(١) سقط في ط.
(٢) في أ: استقرت.
(٣) في أ: فتقتل.
(٤) أخرجه البخاري (١٤٨/٦) في الجهاد: باب قتل الصبيان في الحرب (٣٠١٥)، ومسلم =

والجواب عن الأول: أن الضمائر إنما ذكرت للفظ من ؛ لأنه مذكر، ويشمل الفريقين؛ لقوله - تعالى - ﴿مَن يَعْمَلْ سُوٓءًا يُجْزَ بِهِۦ﴾ [النساء: ١٢٣].

وعن الثانى: النقض بالشيوخ، والزمنى: فإنهم يقتلون بالردة دون الكفر الأصلى.

وعن الثالث: أن خبرنا علق فيه الحكم بالمعنى، وفى خبركم بالاسم والمعنى أقوى، فيقدم.

وعن الرابع: الفرق بأن الردة بعد الاطلاع على محاسن الإسلام، فهى أقبح، ولذلك لا يقر عليها بالجزية.

وعن الخامس: الفرق بالتكليف فيها دونه.

فرع: فى النوادر: إذا ارتد أهل مدينة، وغلبوا عليها: استتيبوا، فإن لم يتوبوا قتلوا، ولا يسبوا، ولا يسترقوا.

قال سحنون: يستتاب من بلغ من أولادهم، ويكره الصغار على الإسلام وقيل: يسبى من بلغ كالحربى، وإن لحق المرتد بدار الحرب، وحارب، فظفرنا به: يستتاب وليس كالمحارب يظفر به قبل التوبة؛ لأن أهل الردة قبلت توبتهم.

الحكم الثانى: ولده.

ففى النوادر: قال ابن القاسم: يسترضع لولد المرتدة من بيت المال، وتقتل، فإن لم يقبل غيرها أخرت، وولد ولد المرتد كالولد إذا أخذ من دار الحرب، لا يسبى، بل [يتحتم](١) القتل أو التوبة؛ لعظم جناية الردة، وإن صاروا فى سهمين لواحد أخذوا منه، ولا يتبعون بشىء قاله سحنون، ورجع إلى سبى البالغ من الولد؛ لأن كفره لم يتقدمه إسلام؛ فهو كالحربى.

قال ابن القاسم: إذا ارتد، ولحق بدار الحرب، وارتد أهله هناك: فولده الحادث بعد الردة فىء مثل شىء، وكذلك ولده الصغار، كولد الحربى، وكذلك الزوجة، ثم رجع إلى أنها ليست فيئًا، وإذا ارتدت ذات زوج حرة، ولحقت بدار الحرب،

= (٣/ ١٣٦٤) فى الجهاد والسير: باب تحريم قتل النساء (٢٥/ ١٧٤٤)، ومالك فى الموطأ (٢/ ٤٤٧) فى كتاب الجهاد: باب النهى عن قتل النساء والولدان فى الغزو (٩).

(١) سقط فى أ.

وتزوجت، فولدت، ثم سبيت مع الكفار: فأولادها الكبار تبع لآبائهم فى الدين، بخلاف المأسورة المسلمة، ولا يكون زوج التى تابت من الردة أحق بها.

قال عبد الملك: إذا ارتد أهل قرية: قتل الرجال، والنساء، وبالغو الذرية، ولا يسبى الصغار، ولا يسترقوا، ولا تستحل نساؤهم، وإن كانوا أهل ذمة: فذراريهم، وأموالهم فىء مثل: شىء تبع لرجالهم؛ لاندراجهم فى نقض رجالهم العهد، كفعله - عليه السلام - فى قريظة.

قال ابن القاسم: إن ارتد، وله ولد صغير امتنع عن الإسلام، وكبر: يضرب، ولا يقتل، وإن ولد حال الردة، وأدرك قبل الحلم: جبر على الإسلام، وإن بلغ: ترك، ولا يكون كمن ارتد؛ لأنه لم يتقدم له إسلام فعلى، ولا حكمى.

وعن ابن القاسم: إذا اتخذ الأسير ببلد الحرب أم ولد، فمات، وغنم المسلمون الأمة، وولدها: فهم معها أحرار، وماله فىء، وإن حملت منه، وهو مرتد: فالجميع فىء؛ لأنها حالة لا يتقرر بها تصرف.

قال محمد: إن لم يعتقها حتى بلغ الولد الذى حملت به قبل الكفر: لم يجبروا على الإسلام، فهم فىء، وصغارهم أحرار مع أبيهم.

قال مالك: وكل ما ولد للمرتد بعد ردته لهم حكم المرتد، ولا يرق، ويجبر الصغار على الإسلام، ويستتاب البالغ، فإن لم يتب قتل.

وفى الجواهر: من ارتد لا يتبعه ولده الصغير فى الردة؛ لأن التبعة إنما تكون فى دين يقر عليه، فإن [قتل][1] الوالد على الكفر: بقى الولد مسلمًا، فإن أظهر خلاف الإسلام: أجبر على الإسلام، فإن غفل عنه حتى بلغ: ففى إجباره[2] خلاف إذا ولد قبل الردة، وفى الإجبار بالسيف أو السوط خلاف، وإن ولد بعد الردة: أجبر وإن بلغ، وقيل: إن بلغ ترك.

الحكم الثالث: ماله.

ففى الجواهر: يوقف، إن عاد أخذه؛ لزوال المانع، كدمه، وروى الشيخ أبو إسحاق: أن ماله لا يعود إليه، كالحربى إذا أسلم بعد الغنيمة، وإن قتل على ردته

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: إخباره.

ففىء، إلا أن يكون عبدًا فلسيده.

وفى النوادر: قال ابن القاسم: يطعم من ماله زمن ردته، وإن باع واشترى بعد حجر السلطان فلحقه دين: فقيل: لم يكن دينه فى هذا المال؛ بل فى كل ما أفاد من حين حجر عليه بهبة أو غيرها؛ لأنه انتقل للمسلمين، وكل ما باع، أو عمل، أو اتجر، أو اشترى، أو تصدق به عليه: فدينه فيه، حتى يوقفه السلطان للقتل، فلا يلحقه دين إن قتل؛ لعدم الذمة بعدم الأهلية، وإن رجع فدينه فى ماله وذمته.

قال ابن القاسم: وإذا تزوج، وبنى: فلا صداق لها.

قال سحنون: ردته حجر، ولا يحتاج لحجر إلا أن يتابعه أحد فى ذمته، أو يزوجه فى ذمته، كما يبايع المفلس فى ذمته، وإن باع شيئًا تعقبه الإمام، فيمضى الغبطة، ويرد المحاباة إن قتله، وإن تاب كانت عليه، وإن تزوج، وبنى: فإن قتل: فلا شىء لها، وإن تاب: فلها الصداق.

وفى الموازية: ما باع أو اشترى أو أقر به قبل الحجر: باطل، بخلاف نكاحه، وما أقر به، أو باع بعد الحجر: لم يدخل فى ماله، إلا أن يتوب، ومن أظهر ردته، فقتل: فماله لبيت لمال، وتبطل وصاياه وهو مسلم، إلا ما ليس فيه رجوع [لا يبطل][1] كالمدبر، فهو من ثلثه يوم قتل، أو ما خرج منه، ومعتقه إلى أجل، وأم ولده، وبدينه حالة الإسلام، يلزمه ذلك كله، وما كان من ذلك بعد ردته فهو باطل إن مات أو قتل، وإن كان قبل الحجر [قاله أشهب، وقال ابن القاسم: تلزمه ديونه التى ادانها قبل الحجر][2] وينفذ إقراره، وإن رجع إلى الإسلام: لزمه ذلك كله، ويرجع إليه ماله، إلا أمهات الأولاد، ففيهن خلاف.

قال ابن القاسم: يرجعن يطؤهن.

وقال أشهب: عتقن بالردة كامرأته.

وعن ابن القاسم: ما ادان كان قبل الردة يلزمه[3] أو بعد الحجر: فهدر إن مات، أو قتل، ولازم إن تاب.

قال محمد: وهو أصح ما سمعت.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى أ.
(٣) سقط فى أ.

قال ابن القاسم: لا ينفق من ماله على ولده، ولا على عياله؛ لأنه معسر بالردة، ولا من قلنا يعتق عليه ولده المسلم عند ابن القاسم، كالكافر الأصلى مع العبد المسلم، وإن فقدوا: فلبيت المال.

وقال أشهب: بل للمسلمين؛ لأن الردة قطعت نسبه.

قال ابن القاسم: ما أعتق فى ردته، أو كاتب فردت كتابته: فولاؤه للمسلمين؛ لأنه لا يثبت له ولاء، ولا يأخذ بالشفعة؛ لأن الله - تعالى - إنما ملك لضرورة الحياة، وهذا ميت شرعًا، ويرث العبد المرتد سيده، وكذلك من فيه علقة رق؛ لأنه يرث بالملك لا بأسباب الميراث.

فرع: فى الموازية: إن شهد عليه واحد بالردة فى رمضان، وآخر عليه بها فى ذى القعدة، ومات من يرثه فى شوال - ورثه؛ لأن الردة لا تثبت عليه إلا فى ذى القعدة؛ لأن النصاب لم يكمل إلا فيها.

قال ابن القاسم: إن مات للمرتد ولد مسلم: ورثه غير الأب، ولا يرثه الأب، وإن رجع للإسلام؛ لأن الردة نقلت الميراث لغيره وقال أشهب: يرثه إن رجع؛ لزوال المانع.

الحكم الرابع فى: جنايته

ففى النوادر: جعله ابن القاسم مرة كالمسلم إذا رجع، ومرة جعله كالنصرانى، ورجع للأول، وذلك فيما جرح، أو جنى على عبد، أو سرق، أو قذف، فيجرى مجرى المسلم إذا رجع، وإلا قتل، ولا يقام ذلك عليه إلا الفدية، وإن قتل حرًا، وهرب لدار الحرب: لم يكن لولاة المقتول من ماله شىء، وإن قتل عبدًا، أو ذميًا: أخذ ذلك من ماله.

وقال أشهب: لولاة المسلم الدية من ماله - إن شاءوا - أو يصبروا حتى يقتلوه.

وعن ابن القاسم: إن قتل مسلمًا خطأ: فديته فى بيت المال؛ لأن بيت المال يرثه، وإن قتل نصرانيًا أو جرحه: اقتص منه؛ لأنه دونه، أو جرح مسلمًا: لم يقتص منه، وإن قتله: قتل به.

قال محمد: إن قتل مسلمًا عبدًا: لم أعجل القصاص حتى أستتيبه، فإن لم يتب، وقتل: سقط عنه ذلك، إلا الفدية؛ لأنها حق ذمى، وإن تاب اقتص منه؛ لأنه إذا لم يتب مستحق للردة، وإن قتل عبدًا أو نصرانيًا عمدًا: فذلك فى ماله - قتل، أو تاب

- فإن قتل المرتد أحدًا عمدًا: قال ابن القاسم: ديته فى ماله دية أهل الدين الذى ارتد إليه؛ لأنها سواء.

وقال سحنون: لا يلزمه إلا الأدب؛ لأنه مباح الدم، وإنما افتات على الإمام، فإن قتل مسلمًا بدار الحرب، أو قذفه أو زنى، ثم يؤسر، فلم يتب: يقتل، ويسقط القذف، وإن تاب: سقط عنه كل شىء فعله بدار الحرب، كالحربى، ومن وجد معه ماله بعينه: أخذه، وإلا لم يتبعه(١) وإن كان مليئًا.

قال محمد: إن قتل قبل أن يرتد: جلد مائة وحبس.

الحكم الخامس - الجناية عليه:

تقدم فى الحكم الرابع قول ابن القاسم، وسحنون.

قال فى النوادر: قال أشهب: إذا قتلته: فلا قصاص، ولا دية، أو قطعت يده، فعاد إلى الإسلام: فدية يده له دية الدين الذى ارتد إليه.

قال ابن القاسم: إن جرحه عمدًا، أو خطأ: فعقل جراحه للمسلمين إن قتل، وله إن تاب، ولو جرحه عبد أو نصرانى: فلا قود؛ بل العقل، قاله أشهب.

وما أصيب به فى ردته من جرح عمدًا أو خطأ، ثم تاب: اقتص له فى العمد من المسلم، وإن كان نصرانيًا، أو عبدًا: لم يقتص له منهما، وذلك فى رقبة العبد، وفى مال النصرانى، وإن كان الفاعل مرتدًّا، ثم تاب: اقتص منه، فإن تاب المفعول به دون الفاعل أتى العقل على عاقلته فى الخطأ؛ لأن ما أصيب به المرتد فعقله للمسلمين، كمن سجن فى قتل، فجنى عليه، فله القصاص، وإن قذفت مرتدًّا(٢): فلا حد، تاب أم قتل، قذفه مسلم أو كافر، وكذلك: إن قذف قبل ارتداده فلا حد، وإن تاب كمن زنى بعد القذف، ولو قذفه بأمه: حد لأمه إن كانت مسلمة.

الجناية الثالثة - الزنى.

وفى التنبيهات: هو يمد ويقصر، فمده بناءً على أنه فعل من اثنين، كالمقاتلة، ومصدره كالقتال، و قصره؛ لأنه اسم الشىء نفسه.

و اشتقاقه من الشىء الضيق.

---

(١) فى أ: يتبع.
(٢) فى أ: مدبرًا.

وأصل تحريمه الكتاب، والسنة، والإجماع.

فالكتاب: قوله - تعالى -: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ . . .﴾ الآية [الإسراء: ٣٢]، وفى السنة أحاديث الرجم(١) وغيرها، وأجمعت الأمة على تحريمه.

قاعدة: الكليات الخمس أجمع على تحريمها جميع الشرائع والأمم: تحريم الدماء، والأعراض، والعقول، والأنساب، والأموال، فيمنع القتل، والجراح، والقذف، والمسكرات، والزنى، والسرقة، وإنما اختلف فى القليل من الخمر.

فعندنا: يحرم تحريم الوسائل، وعند غيرنا مباح.

والنظر فى تحقيق السبب الموجب، وفى الموجب.

النظر الأول: فى السبب

وفى الجواهر: ضابطه انتهاك الفرج المحرم بالوطء المحرم فى غير ملك(٢) ولا شبهة.

وفى التنبيهات: له عشرة شروط: البلوغ، والعقل، والإسلام، وعدم الشبهة فى الموطوءة بملك أو نكاح، ومغيب الحشفة فى قبل أو دبر، وكونهما غير مكرهين ولا جاهلين بالتحريم، فهذه فى الجلد، وفى الرجم: الإحصان، والحرية أصاب آدمية حية فى سن من يطيق الرجل(٣).

واختلف فى مقارب البلوغ، وفى النصرانى، وفى المصيب صغيرة لا تطيق الرجل، والميتة، والبهيمة، والمكره، والجاهل بتحريم الزنى.

ففى المدونة: إن لم يحتلم وأنبت: يحد، وكرهه ابن القاسم؛ لعدم التكليف والأول: لحديث بنى قريظة أن النبى ﷺ جعل من ينظر إلى الموقوفين فمن أنبت: جرى عليه حكم الرجال(٤).

وفى المدونة: يحد بالصغيرة إذا كان مثلها يوطأ، وإلا فلا.

وقال ابن القاسم: يحد وإن كانت بنت خمس سنين.

---

(١) سيأتى طرفٌ منها.

(٢) فى أ: الملك.

(٣) فى أ: من لا يطلق.

(٤) أخرجه أحمد (٤/ ٣٨٣)، والدارمى (٢/ ٢٢٣)، وأبو داود (٤/ ٥٦١) (٤٤٠٤)، والترمذى (٤/ ١٤٥) حديث (١٥٨٤)، والنسائى (٦/ ١٥٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٩) حديث (٢٥٤١) و(٢٥٤٢) من حديث عطية القرظى.

وفى كتاب الرضاع: يحد بالميتة؛ لأنها آدمية محرمة الوطء. وفى الزاهى: لا يحد؛ لأنها [لا][1] تشتهى غالبًا، ولا خلاف أنه لا صداق لها. وإن زنى بنائمة حد، ولها الصداق.

ولا يحد بالبهيمة عند ابن القاسم؛ لتعذر قياسها على الآدمية بقيام الفارق.

وفى الثانى: يحد؛ لأنه فرج محرم.

وعند مالك: لا يحد النصرانى، ويرد إلى أهل دينه، ويعاقب إن أعلنه. وقال المغيرة[2] يجلد بكرًا أو ثيبًا، وإن استكرهت هى: لم تحد، وإن أكرهته: حدت، وفى حده [هو] قولان، وإن أكرها جميعًا: لم يحدا، ويختلف فيه؛ بناء على الإكراه: يتأتى معه الزنى أم لا؟ والصحيح: يتأتى لأن الزنى لا يتوقف إلا على إيلاج الحشفة فى الفرج، وهو غير متوقف على الانتشار، ولأن اللذة والانتشار طبيعتان عند ملاقاة الملتذ، فلا يمنعهما الإكراه، كاللذة بالشم والذوق.

والإكراه لا يُجَوِّز الإقدام؛ لحق المرأة، وإن كان بالقتل، وإن فعل أثم، وعليه الصداق، وإن استكرهته هى بالقتل: جاز الإقدام؛ لأنها أباحت نفسها.

وأوجب فى الكتاب الحد على الأعجمى، وحديث الإسلام، والجاهل بالتحريم، ومنعه أصبغ؛ لعدم وجود الجرأة على محارم الله، وإن كان أحدهما مجنونًا، أو صغيرًا: حد العاقل البالغ، وعوقب المجنون، والصبى؛ استصلاحا له، كتأديب البهيمة إن لم يطبق المجنون.

أو أحدهما نصرانى: حد المسلم، وفى النصرانى ثلاثة أقوال: يعاقب، ويحد [و] ينتقض عهده، ويحد المسلم بالحربية إن زنى بها فى أرض الإسلام وكذلك أرض الحرب، عند ابن القاسم، خلافًا لعبد الملك؛ لعدم استقرار الملك فى أرض الحرب، وفى جارية من المغنم قولان.

وفى هذا النظر ستة عشر حكمًا:

الأول:

فى كتاب القذف: إذا جهلت البينة الموطوءة: حد، إلا أن يثبت إباحتها، أو

(١) سقط فى: أ.
(٢) فى أ: الغير.

يكونا طارئين: فلا شيء عليه إذا قال: هي امرأتي، أو أمتي، وأقرت له بذلك، إلا أن تقوم بينة بخلافه؛ لأن الأصل عدم المبيح، ولأن شأن النكاح الإعلان.

قال ابن يونس: قال مالك: سواء وجد مع امرأة يطؤها، أو أقر بذلك، وادعى المبيح، ولا تقبل فيه شهادة أبيها، ولا أخيها، إلا أن يكون سمع وعرف، فلا يحد، ولا بد من جديد عقد بعد الاستبراء.

قال عبد الملك: إن قال: وطئت فلانة بنكاح، أو اشتريت أمة فلان، فوطئتها: لا يكلف بينة، وإنما يكلف إذا وجد معها [يطؤها][1].

قال ابن حبيب: وقاله علماؤنا، وقد غلط فيه بعض من يشار إليه.

قال عبد الملك: وإن رأوه يطأ، ولم يعلموا حالها: فقال: كانت زوجتي، وقد طلقتها، أو أمتي، وقد بعتها، وهو معروف أنه غير ذي امرأة، ولا جارية: صدق ولا تلزمه بينة، ولو وجد معها: كلف البينة إن لم يكن طارئًا؛ لأنه أحدث في معينة نكاحًا، أو ملكًا، وهي تعرف بغير ذلك، والأول ادعى مجهولة، ولو لم يدع ذلك، وقال: كذب الشهود[2]: حد.

الثاني:

في الكتاب: إذا تزوج خامسة، أو مبتوتة[3] منه ثلاثًا قبل أن تنكح غيره، أو أخته من الرضاعة، أو النسب أو ذات محرم عالمًا بالتحريم: حد، ولا يلحق به الولد؛ لضعف العذر[4] فيهم، أو امرأة في عدتها، أو على خالتها أو عمتها، أو نكاح متعة: عوقب، ولا يحد في النكت؛ لأنه تحريم بالسنة، ويحد في الجمع بين أختي النسب؛ لتحريمه بالكتاب، وهو أصل يعتمد عليه.

والفرق بين الواطئ أمة يدعي شراءها، فيطالب البائع باليمين، فينكل، فيسقط الحد عن الواطئ إذا حلف، وقضى له بها، وبين السارق يدعي على رب المتاع: أنه يعلم أنه له، فينكل: أن القطع يتحتم، وإن حلف السارق، واستحق المتاع: أن شأن الوطء الشهرة، بخلاف المتاع.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: المرتد.
(٣) في أ: مبينة.
(٤) في أ: الغرر.

قال ابن يونس: روى عن النبى عليه السلام[١]. ادْرَأُواْ الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ، وروى الثورى عن ابراهيم: خطأ الحاكم فى العفو خير من الخطأ فى العقوبة، ويريد ابن القاسم: فى ذوات المحارم، والمبتوتة، والخامسة، ونحوهما إلا أنه يعذر بالجهالة فلا حد عليه.

الثالث: فى الكتاب: إن ادعى نكاحها، وصدقته هى ووليها، وقالوا: عقدنا ولم نشهد، ونحن نشهد الآن: حد الرجل والمرأة إلا ببينة غير الولى؛ للتهمة[٢] وإن جلد بعد انتفاء النكاح بغير الاستبراء، وإن ادعى شراء الأمة، فنكل البائع، وحلف الواطئ: درئ عنه الحد؛ لأن الوطء شأنه الكتمان، قاله ابن القاسم.

وقال أشهب: إن كانت بيده: لم يحد، ولحق به الولد، ويحلف البائع: ما باع، ويأخذها، ويتبعه بقيمة، [وإن لم يكن فى يده: حد إذا لم يعف بجور، ولا يلحقه][٣] الولد، ويحلف السيد، ويأخذها وما ولدت، فإن نكل: حلف الواطئ، وبقيت له أم ولد، ولا يلحقه الولد؛ لأنه حر، ولا يسترق الولد، ولا أمته؛ لإقراره بمانع ذلك، ولا يسقط الحد بنكول السيد؛ لأن تصديقه لا يسقط الحد، ولا يسقط بشاهد مع إقرار السيد، ويسقط بشاهد وامرأتين استحسانًا؛ لأن ذلك يوجب الملك، وخالفه ابن القاسم، فقال: إذا نكل السيد: حلف الواطئ، وصارت له، ويسقط الحد، وقال: إذا أعتق عبد ولا مال، فشهد رجل وامرأتان بدين: يرد العتق، وكذلك لو حلف مع الشاهد، أو لم يقم شاهد، وطلب تحليف المعتق، فنكل، وحلف المدعى، وكذلك إن تزوج أمة، وأقام سيدها رجلًا وامرأتين: أن زوجها ابتاعها منه: حرمت على زوجها مع امتناع شهادة النساء فى العتق والطلاق.

الرابع: فى الكتاب: يسأل الشهود عن كيفية الرؤية، والفعل: فإن ظهرت ريبة: بطلت الشهادة، وإذا قبلت: قبل قوله: أنه بكر، فيجلد إلا أن يشهد بالإحصان شاهدان، فيرجم؛ لأن الأصل: عدم الزواج، ولا يقبل فى الإحصان شهادة نساء، معهن رجل أم لا.

---

(١) أخرجه الترمذى (٤/٣٣) (١٤٢٤)، والحاكم فى المستدرك (٤/٣٨٤)، والبيهقى (٨/ ٢٣٨) من حديث عائشة.

(٢) فى أ: لليتيمة.

(٣) سقط فى أ.

قال ابن يونس: لا يسأله: أبكر هو؟ حتى يكشف عنه: فإن وجد علمًا، وإلا سأله، وقبل قوله بغير يمين.

قال اللخمى: قال محمد: إن غاب الشهود قبل أن يسألوا غيبة بعيدة، أو ماتوا: أقيم الحد، إن كانوا من أهل العلم بما يجب به الحد.

قيل لابن القاسم: إن أقر: هل يسأل كما تسأل البينة؟ قال: الذى جاء فى الحديث: أبصاحبكم جنة؟[(١)] ولم يسأله.

قال اللخمى: هو كالبينة: يسأل إن أشكل أمره، وفى البخارى: أن النبى ﷺ سأل ماعزًا[(٢)]، بالنون والكاف.

قال محمد: إن قال: إذا شهدت البينة: أنا عبد، وهو محصن: لم يصدق؛ لاتهامه إيثار الرق على القتل، وإن كان بكرًا صدق، كذلك فى القذف، والشرب يحد حد العبد؛ لأنه لا يتهم فى إرقاق نفسه.

قال اللخمى: [إن لم يكن][(٣)] طارئًا لم يعجل رجمه إن كان ثيبًا، ولم يصدق إن كان بكرًا وكلف بيان لمن هو مملوك، فإن تبين كذبه حمل على أحكام الحر، أو صدقه: فأحكام العبيد، وإن كان طارئًا، وبلده قريب: فكذلك، أو بعيد وثم قرينة عجمة لسان، أو تغير لون: [لم] تقم أحكام الأحرار، وإن لم تكن قرينة، وقال: أسجن حتى يثبت أننى عبد: لم يرجم، وكذلك الجواب إن قال: يهودى، أو نصرانى.

الخامس: فى الكتاب إن قالت: زنيت مع هذا، أو قال هى زوجتى أو وجدا فى بيت، فأقرا بالوطء، وادعيا النكاح، ولم يأتيا ببينة: حدًا؛ لأن الأصل، عدم السبب المبيح ويحد واطئ الصغيرة يوطأ مثلها والمرأة يطؤها صبى يجامع مثله، وإن لم يحتلم، ولا حد عليها بخلاف أن يطأها مجنون؛ لأن اللذة تحصيل مقصود الوطء مع الإنزال.

---

(١) أخرجه البخارى (١٢/ ١٣٦) (٦٨٢٥)، ومسلم (٣/ ١٣١٨) حديث (١٦/ ١٦٩١)، وأحمد (٢/ ٤٥٣)، والبيهقى (٨/ ٢١٩) من حديث أبى هريرة.

(٢) من حديث ابن عباس أخرجه البخارى (١٢/ ١٣٨) كتاب الحدود: باب هل يقول الإمام للمقر؟ (٦٨٢٤)، وأحمد فى المسند (١/ ٢٣٨)، والطبرانى فى الكبير (١١/ ٢٣٨)، والدارقطنى (٣/ ١٢١).

(٣) سقط فى أ.

ويحد المسلم بالذمية، وترد هى لأهل دينها، ويجب الحد والصداق فى المجنونة، والنائمة، والمغصوبة.

قال ابن يونس: قال محمد: لا صداق للصغيرة على البالغ.

قال ابن يونس وإن كان غير البالغ يلتذ به وتنزل المرأة بجماعه: ينبغى أن يكون عليها الحد بنيلها ما ناله الكبير من الصغيرة، ويحد الحى بالميتة، ولا صداق، كما لو قطع عضوًا لم يلزمه أرش، وآتى البهيمة يؤدب، ولا يحد، وإن غصب امرأة: فالحد والصداق.

وقال أشهب: إن أقرت أنها زنت، وقال: أنا تزوجتها: لا حد عليه؛ لأنه لم يعترف بوطء إلا فى نكاح، وتحد هى بخلاف إن أخذ مع امرأة، فادعى نكاحها؛ لأنه أخذ، فهو يدفع عن نفسه، وسوى بينهما ابن القاسم.

السادس:

فى الكتاب: لا يعذر العجم بدعوى الجهالة، ولا المرتهن باعتقاد الحل فى المرهونة عنده، ولم يأخذ مالك بما جاء فى الحديث: «زنيت بمرغوس بدرهمين».

فى التنبيهات: يقال: بفتح الميم وسكون الراء، وضم ألغين المعجمة، وسين مهملة، يعنى: أسود، وقيل: اسم عبد أسود مقعد، وقيل: قولها: بدرهمين تفسير بمرغوس أى: بدرهمين، وهو ضعيف لأن عمر - رضى الله عنه - استفهمها، وكانت نوبية معتقة لحاطب بن أبى بلتعة، فقالت بدرهمين من مرقوص بقاف.

قال الشيرازى فى طبقات الفقهاء: وقعت فى خلافة عمر - رضى الله عنه - فاستشار عبد الرحمن بن عوف، وغيره، فقالوا: عليها الحد، وقال عثمان من بين الجمع: لا حد عليها؛ لأنها يظهر أنها تعتقد أنها ما صنعت مكروهًا، والحدود إنما هى لمن يعتقد ذلك، فأخذ عمر - رضى الله عنه - بقوله، فهو أثر لا حديث.

قال ابن يونس: العارية، والمستأجرة كالمرهونة، وإنما ترك مالك الحديث؛ لأن الزنى اليوم اشتهر تحريمه بخلاف ذلك الزمان، وأخذ أصبغ بحديث مرغوس، ودرأ الحد عن الجاهل للزنى، كالسبى ونحوه.

السابع:

فى الكتاب: إن اشترى من يعلم [بحريتها][١] حد، إن أقر بوطئها.

وقال ابن القاسم: لا تحد هى، إن أقرت له بالملك.

وقال الأبهرى: تحد إن علمت أنها حرة؛ لأنها يلزمها أن تمنعه نفسها، أو تدعى الحرية فلعله يصدقها، أو يكف عنها، فإن أكرهها: فلا حد عليها.

الثامن:

فى الكتاب: شروط الشهادة فى الزنى: أن يشهد أربعة فى وقت واحد، على وطء واحد، فى موضع واحد، بصفة واحدة؛ لأنهم مأمورون بالستر، فحيث خالفوا: شدد عليهم، ولأن الزنا فعلان[٢] فاحتاج كل منهما إلى شاهدين، ويسألهم الإمام: فإن وصف ثلاثة، وقال الرابع: رأيته بين فخذيها حد الثلاثة للقذف، وعوقب الرابع، وإن لم يصفوا: حدوا للقذف دون المشهود عليه[٣]. وإن شهد اثنان: أنه زنا بها فى قرية كذا، وقال الآخران قرية أخرى: حدوا كلهم للقذف، وكذلك بالفعلين المختلفين.

قال الطرطوشى: إن شهد الأربعة على فعلين أو عن موطوئتين: فقولان: قال ابن القاسم: لا ينظر القاذف، ويحده، ومن شهد معه بأن فعل فأتى القاذف بالشهود، فشهدوا فى وقتين: قبلت، وحد الزانى.

قال محمد: إن ادعى ببينة بعيدة: حدوا وإن جاء بهم بعد ذلك: سقطت عنه الجرحة.

وإذا وصف ثلاثة دون الرابع: قيل: لا عقوبة على الرابع، ولو شهد اثنان بالزنى فى زاوية بيت، واثنان فى زاويته الأخرى: لم يحد.

وقال عبد الملك: لا يضر الاختلاف فى الأيام، والمواطن، أتوا مجتمعين، أو مفترقين، وقاله (ش)، ووافقنا (ح)، وأحمد.

لنا: إجماع الصحابة، فإن عمر - رضى الله عنه - جلد أبا بكرة وصاحبيه، حين شهدوا على المغيرة بالزنى، ولولا أن الإجماع شرط لكان ينتظر الرابع، وذلك أن أبا

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: فعلين.
(٣) فى أ: فيه.

بكرة وأصحابه كانوا فى غرفة، فهبت الريح، ففتحت الباب فرأوا أسفل الدار المغيرة بن شعبة بين رجلى المرأة، فقالوا: قد ابتلينا بهذا، فلما خرجوا للصلاة تقدم المغيرة، وكان أميرهم، فقالوا: لا ندعك تتقدم، وقد رأينا منك ما رأينا، فقيل: إن هذا واليكم، فاكتبوا، فكتبوا، فدعاهم عمر، فشهد ثلاثة، فلما تقدم زياد، فقال عمر بن الخطاب: رجل شاب أرجو ألا يفضح الله على لسانك رجلًا من أصحاب رسول الله ﷺ فقال: رأيت استًا يربو ونفسًا يعلو ورجلين كأنهما أذنا حمار، ولا أدرى ما وراء ذلك، فقال عمر: الله أكبر، ودرأ الحد عن المغيرة، وحد الثلاثة، ولم يسألهم عن رابع، فلما جلد أبا بكرة، قال: أشهد ألف مرة أنه زنا، فهمّ عمر بجلده من الرأس، فقال على: إن كنت تريد أن تجلده، فارجم صاحبك(١).

وهذه قضية بمشهد الصحابة - رضى الله عنهم -، وانتشرت، ولم ينكر أحد، ومعنى قول على: أنه إن كان هذا قذفًا: فالأولى شهادة - فقد كملت الشهادات أربعًا، وإن كان الأول قذفا: فهذا إعادته، فما تجدد شىء؛ بل أعاد الأول، وقد ترتب على ذلك موجبه - ويحتمل: إن جلدت هذا - مع أنه ليس عليه جلد - فارجم الآخر، وليس عليه رجم - فإن قيل: كيف ساغ له أن يلقنه ما يرجع به عن الشهادة، مع أن فيه توجه الحد على أصحابه، وإنما لم ينتظر رابعًا؛ لأن أبا بكرة، وأخاه نافعا، وشبل بن معبد، وزيادًا، والمغيرة نزلوا فى دار، فالأمر محصور بينهم.

قلنا: للإمام عندنا أن يفعل ذلك، ويحتال لسقوط الحد، وهو كقوله - عليه السلام - لماعز: «لعلّكَ قَبّلْت، لعلّكَ لمسْتَ»، والتحامل عليهم أولى؛ لأنهم كانوا مندوبين إلى الستر، والقضية جرت بالبصرة، وكتب بها إلى المدينة، فمن أين يعلم عمر أنه ليس ثم خامس أو سادس؟ مع أن الحد يدرأ بالشبهة، ولما استحب التلقين استحب التأخير فلما جزم بالحد - علم ما قلناه، ولأن الإقرار بالزنى اختص بأمرين - التصريح، وعدم الرجوع - فتختص الشهادة بما يؤكدها عن سائر الشهادات، ولأنهم إذا اجتمعوا ثبت الزنى، فلم يتحقق القذف.

احتجوا بقوله - تعالى - ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ٤] ولم يخصص،

---

(١) تقدم تخريجه.

وبالقياس على سائر الحقوق.

والجواب عن الأول: أنه مطلق فى الأحوال، وقد أجمعنا على العمل به بمعنى هذه الصورة، [فسقط][(١)] العمل به فى غيرها، ولأنا نؤكد ذلك بالمعنى: أن الاجتماع ينفى الريبة، بخلاف الافتراق، ولأن الأقاويل التى يشترط [إدماج] بعضها فى بعض، يعيدها افتراق المجلس، كالصرف، وسائر الربويات، ولأن اجتماعهم يخرجهم عن القذف، بحصول موجب الزنى دفعة.

وعن الثانى: الفرق بأن سائر الحقوق لا يتجه على الشاهد فيها شيء، بخلاف الزنى يتجه عليه حد القذف، فاشترط الإجماع دفعًا لحد القذف عن الشهود، ولأن الافتراق يفضى إلى نقض حكم الحاكم، فإنه إذا لم يكمل النصاب، وقد مضى[(٢)] بأن الأول شهادة، فيصير قذفًا، وسائر الحقوق لا ينتقض فيها حكم، ولأنه لو قذف ثلاثة لم يكمل عددهم، ثم جاء رابع: لم تقبل شهادته، فعلم أن المجلس[(٣)] شرط.

نظائر: قال أبو عمران: تقبل الشهادة مفترقة، إلا فى الزنى، والسرقة.

تفريع:

فى الكتاب: إذا شهدوا على شهادة غيرهم: فلا بد من شهادة اثنين على كل شاهد، وإلا كانوا قذفة يحدون.

فى المقدمات: إذا شهد أقل من أربعة على شهادة أربعة: ففى الكتاب: يحدون للقذف، وقيل: لا - إلا أن يقولوا: هو زانٍ، أشهد فلان وفلان بذلك، بخلاف: أشهدنا فلان، وفلان، وفلان بذلك، قاله محمد؛ لأنهم لم يصرحوا بنسبة الزنى إليه، وعلى الأول: يحد الشهود على شهادتهم إن أنكروا الشهادة و أتى بها[(٤)] واحد منهم، ولو كانوا أقل من أربعة على الخلاف فى سقوط شهادة القاذف: يتقدم القذف، أو بإقامة الحد، وهو مذهب ابن القاسم، وعلى قول محمد: تحد الأصول بشهادة الفروع، إن كانوا أقل من أربعة، و أنكروا الشهادة، أو واحد منهم، إلا أن يكون الفرع واحدًا: فلا يحدون، ويحد هو لانفراده.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: قضى.
(٣) فى أ: الخبر.
(٤) فى ط: وأنكرها.

وقيل: لا يحد، فيتحصل فى الفروع إذا كانوا أقل من أربعة، أو نقلوا عن أقل من أربعة، أقوال: ثالثها: لا يحدون، إن كانوا أكثر من واحد، وإلا حدوا.

وفى المنتقى: قال عبد الملك: يصح أن يكون الشهود هم القائمين بالشهادة.

وقال ابن القاسم: إن تعلقوا به، وأتوا السلطان: لم تجز شهادتهم - وعنه مثل الأول.

وفى النوادر: لو قال اثنان: أكرهها، وقال اثنان: طاوعته: حد الشهود دونه؛ لاختلاف الصفة، قاله ابن القاسم، ولا حد على الرجل والمرأة، ولا أدب، وكذلك إن زنت المرأة، وعاينها اثنان، وقال الآخران: لا ندرى أهى أم غيرها: حدوا دونه.

قال فى المدونة: ولا يشترط فى الإقرار أن يصف، بخلاف الشهود، إلا أن يستعجل لقوة الإقرار.

قال ابن يونس: يجب الحد بالبينة، والإقرار؛ لأن رسول الله ﷺ وسلم رجم به ماعزًا، وبالحمل إذا جهل: هل هو من زنا أم لا، قاله عمر، وعثمان، وعلى، وابن عباس - رضى الله عنهم - ولم يعلم لهم مخالف.

وكتم الشهادة مندوب إليه؛ لقوله - تعالى - ﴿فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ﴾ [النور: ١٣] ولا يأتى القاذف إلا بمن تقدمت رؤيته، ولم يقدح فى شهادته كتمه.

فى المقدمات: يعتبر إقرار الأخرس، إن فهم عنه، وقاله (ش).

وقال (ح): لا يحد بالإشارة؛ لتعذر التفرقة فيها بين الحلال والزنا، وهو ممنوع؛ بل يمكن ذلك.

قال اللخمى: يكفى من الإقرار مرة واحدة، إذا صرح ولم يرجع، قاله مالك، فإن لم يأت بعذر ولا رجع؛ بل جرى الإقرار جملة: فقال مالك مرة: يقبل رجوعه، ومنع مرة، فإن جحد الإقرار أصلًا: جعله مالك كالرجوع.

قال: وليس بالبين؛ لأنه رجوع عن القول دون الفعل.

ويقبل الرجوع فى جميع حقوق الله - تعالى - من السرقة، وشرب الخمر، والحرابة، إذا أتى بعذر يعرف، وإن لم يأت به: يختلف فيه، فإن اجتمع حق الله - تعالى - وحق آدمى فى الإقرار، كإقراره بسرقة سلعة من فلان، أو اغتصب فلانة، أو حارب فلانًا وأخذ ماله، ثم رجع: لزمه حق الآدمى، وإن أتى فى حق الله - تعالى - بعذر: قبل، وإلا حد، وقيل فى السرقة إن لم يعينها قبل رجوعه - وإلا فلا، وأسقط ابن

القاسم عن قاذف الراجع عن الزنى؛ خلافًا لأشهب؛ لأن الإقرار لا يتعدى المقر فيسقط حقه من الحد، ولو كان الإقرار الأول بغصب امرأة: لم يسقط الصداق، ولم يحد بقذفها إن أنكرت، ويسقط فى السرقة القطع دون الغرم.

ويشترط فى الحمل عدم الزوج والسيد، فإن كانت طارئة: صدقت.

والمقيمة إن ادعت الغصب، وتقدم ذكر ذلك، وادعته على من يشبه، وإلا فلا، وإن لم تذكر ذلك إلا بعد ظهور الحمل: حدت، إلا أن تكون معروفة بالخير، فتكتم رجاء عدم الحمل، وطلب الستر، وفعله. عمر[1] - رضى الله عنه - فى امرأة قالت: كنت نائمة، فما أيقظنى إلا الرجل، فسأل قومها، فأثنوا عليها خيرًا، فلم يحدها، وكساها وأوصى بها أهلها، فإن شهدت البينة برؤيته بين فخذيها: قالوا: لا تحمل على الوطء، وإن وجدنا مَنِيًّا يمكن وصوله: لم يحمل الحمل عليه، وحدت؛ لأنها تدعى الإكراه.

قال مالك: إذا غصبها، وبات معها، وقال: لم أصبها: صدق، ولو تزوجها، وبات معها، وشهدت البينة من الغد بالزنى: رجمت، مع أن المسألتين سواء، وإن كانت تجن، فقالت: أصابنى ذلك حالة الجنون: صدقت.

وتحد الأمة بالحمل، وإن كانت ملكًا لامرأة، أو لصبى. فإن كانت لرجل فأنكره، ولم تدع أنه منه، أو ادعت: حلف: ما أصابها، ولقد استبرأتها، ولا تحد؛ لأن دعواها شبهة، وله معاقبتها؛ لأنه أمين على عقوبتها لإصلاح ماله، ويحدها على القول بأن له إقامة الحد عليها بعلمه، وليس ذلك للإمام إذا ادعت على السيد؛ لأن السيد قاطع دون الإمام، فإن كان مع امرأة ولد، قالت: لم ألده وشهد شاهدان على إقرارها بولادتها: لا تحد، كما لو شهدوا عليها بالزنى، فجحدت، فلا بد من أربعة.. خالفنا الأئمة فى الحمل.

لنا: ما فى الموطأ: قال عمر - رضى الله عنه -: الرجم فى كتاب الله - تعالى - حق على من زنا إذا قامت عليه البينة، أو إذا كان الحبل، أو الاعتراف، وهو قول منتشر فى الصحابة من غير مخالف، فكان إجماعًا، وفعله عمر بجارية وعثمان بجارية ولدت

(١) أخرجه البيهقى (٨/ ٢٣٦) كتاب الحدود: باب شهود الزنا إذا لم يجتمعوا على فعل واحد فلا حد على المشهود.

لستة أشهر، فأمر بها أن ترجم، فقال على - رضى الله عنه -: ليس ذلك عليها، قال الله - تعالى - ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] وقال - تعالى - ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فأمر بها أن ترد، وهو قولهم رضى الله عنهم.

احتجوا بقوله - عليه السلام - واغد ياأنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت، فارجمها[1]، وهذه لم تعترف فلا ترجم وبأن عمر - رضى الله عنه - أتى بامرأة تبكى، فقال: ما لك؟ فقالت: رجل ركبنى، وأثنى قومها خيرًا، فقال: لو قتلت هذه لخشيت أن أدخل النار، وعنه: أنه سأل أخرى، فقال: لعلك استكرهت، فقالت: نعم، وأنا نائمة، فتركها، ولقوله - عليه السلام - «ادْرَأُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ»، ولأن الغالب عدم الزنى، فيحمل على الغالب.

والجواب عن الأول: أن المفهوم معارض بظاهر الحال.

وعن الثانى: منع الصحة.

وعن الثالث: أنه حجة لنا فى أن ظاهر الحال يقضى طلب الدفع له، ولعلها كانت مستغيثة.

وعن الرابع: أنا نمنع أن ههنا شبهة؛ بل ظاهر الحال يقتضى الزنى.

وعن الخامس: أن البينة لو شهدت بالوطء وهما يدعيان الزوجية: حدا، ولم ينفعهما ذلك، مع أنه الغالب.

ووافقنا الأئمة على أن الرجوع عن الإقرار يسقط الحد، وعنه إن رجع إلى غير شبهة روايتان؛ لأن ماعزًا طلب وهو يرجم الرجوع للنبى - عليه السلام - فلم يمكن، فقال رسول الله ﷺ: «هَلَّا تَرَكْتُمُوهُ يَتُوبُ، فَيَتُوبَ اللهُ عَلَيْهِ»، ولا معنى لذلك إلا قبول رجوع.

ووافقنا (ش) على أن الإقرار يكفى منه مرة.

وقال (ح)، وأحمد: لا بد من أربع، واشترط (ح) أن يغيب عن المجلس فى كل

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٨٢٢) كتاب الحدود: باب ما جاء فى الرجم (٦)، والبخارى (١٢/ ١٧٩) كتاب الحدود: باب إذا رمى امرأته أو امرأة غيره بالزنى (٦٨٤٢ - ٦٨٤٣)، ومسلم (٣/ ١٣٢٤-١٣٢٥) كتاب الحدود: باب من اعترف على نفسه بالزنى (٢٥/ ١٦٩٧- ١٦٩٨) من حديث أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى.

مرة.

لنا: قوله - عليه السلام -: «فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا»، ولم يقل: أربعًا؛ بل اكتفى بأصل الاعتراف، ورجم الجهنية، وإنما اعترفت مرة، وقول عمر المتقدم، ولم يشترط التكرار، وكسائر الحقوق.

احتجوا بما فى الصحيحين: أن رجلًا من الأسلميين أتى رسول الله ﷺ، وهو فى المسجد، فقال: يا رسول الله، إنى زنيت، فأعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه، فقال: يا رسول الله إنى زنيت، فأعرض عنه حتى فعل ذلك أربع مرات، فدعا به - عليه السلام -، فقال: أبك جنون، قال: لا، قال: فهل أحصنت؟ فقال: نعم، فقال رسول الله ﷺ: ارجموه. ولو وجب بمرة لم يعرض عنه لتعين [الحد][1].

وفى أبى داود: قال له - عليه السلام -: إنك قد زنيت أربع مرات [فيمن] قال: نعم، قال: وبمن قال: بفلانة[2]، وهذا التعليل دليل على أنها المعتبرة - وروى أن الصديق - رضى الله عنه - قال له: إن اعترفت الرابعة، رجمك رسول الله ﷺ فلولا أنه حكم معلوم لم يخبر عليه الصديق رضى الله عنه.

والجواب عن الأول: أنه أعرض عنه لتوهم أنه مجنون، ولذلك سأله عن الجنون، وكانت قرائن أحواله تقتضى ذلك؛ جمعًا بين الأحاديث، وقوله فى التعليل معناه: أن وصولها إلى هذه الغاية أضعف الريبة، وهو معنى قول الصديق - رضى الله عنه -؛ لأنه رآه قد قارب أمره الجلاء.

وعن الثانى: أنه لو لحق بالشهادة لاشترط العدالة، والحرية، وغير ذلك، وهو باطل إجماعًا.

وعن الثالث: أن الملاعن يسقط عن نفسه حدًا ويوجبه على غيره، فاحتاج إلى قوة السبب.

التاسع: فى الكتاب: إذا قالت بعد الشهادة: أنا بكر أو رتقاء، ونظرها النساء،

---

(١) سقط فى أ.

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٣٢٠) كتاب الحدود: باب من اعترف على نفسه بالزنى (١٩/ ١٦٩٣)، وأبو داود (٢/ ٥٥٢) كتاب الحدود باب رجم ما عز بن مالك (٤٤٢٥) و (٤٤٢٦) و (٤٤٢٧). وله شاهد من حديث أبى هريرة: أخرجه البخارى (٦٨٢٥)، ومسلم (١٦/ ١٦٩١).

فصدقتها: حدت؛ لأن زوج البكر إذا أقر بالوطء بعد إرخاء الستر، وادعته وشهد النساء بالبكارة: صدقت، ولا يكشف الحرائر على مثل هذا.

قال [ابن يونس][1]: لأن شهادة النساء لا تدفع الحد، وتؤخر خوف هلاك الحمل.

قال اللخمي: أرى ألا تحد؛ لأن شهادة النساء شبهة، ولأن شهادتهن توقف شهادة الرجال، فقد قال ابن القاسم أن شهادة رجل، وامرأتين تعدل شهادة رجلين في الأموال، وينبغي أن ينظرها من النساء جماعة يحصل بقولهن العلم، فلو قالت: أنا أنكشف لأربعة رجال: لأجبت؛ لأنها ضرورة لدفع القتل، فهو أولى من الطبيب والشهادة.

العاشر: في الكتاب: إذا ثبت زناها بعد أربعة أشهر، والزوج غائب منذ أربعة، ورجمت بعد الوضع، فقدم الزوج، وادعى الاستبراء، وكانت قالت قبل الرجم: ليس الولد منه وقد استبرأني - أينفى بغير لعان كما لو ظهر بالمرأة حمل قبل البناء، فصدقته على نفيه، وعلى عدم الوطء؟ ولو لم تصدقه قبل الرجم: فلا بد من اللعان.

الحادي عشر: في كتاب القذف: لا يحد الشريك في الأمة، ويؤدب إن لم يعذر بجهل، ولشريكه التقويم عليه، ولا صداق لها، ولا ما نقصها؛ لأن القيمة وجبت له، فتركها، وتمسك بنصيبه ناقصًا، وإن حملت وهو ما قومت عليه يوم الحمل، ولا شيء عليه من قيمة ولده، وتكون له أم ولد، أو معسرًا: خير شريكه، فإن تماسك اتبعه بنصف قيمة الولد، وتبعه بنصف قيمتها يوم حملت، وتباع في نصيب شريكه إن احتيج إليه، ويتبعه بنصف قيمة الولد، وإن نقص من نصف قيمتها يوم الحمل: اتبعه بالنقصان مع نصف قيمة الولد، فإن ماتت قبل الحكم: فنصف قيمتها مع نصف قيمة الولد.

قال ابن يونس: يعاقب الواطئ مائة، قاله أبو الزناد، ولا يرد على ابن القاسم إذا أفسد الثوب فسادًا كثيرًا: أنه يخير في التمسك، ويغرمه النقص، أو يضمنه القيمة؛ لأن له فيه خلافًا - وجوابه في الأمة على القول الآخر -، وفي يوم التقويم ثلاثة أقوال: يوم الحمل -يوم الوطأ- يوم الحكم، بناء على التفويت، أو سببه، ولأنها

---

(١) سقط في أ.

مسألة خلاف – والفرق بينها، وبين المعتق يقوم عليه يوم الحكم مع أن الحمل يؤدى للعتق: أن الواطئ متعد، فاعتبر يوم العدوان.

قال سحنون: لا شىء له فى الإعسار فى قيمة الولد إذا اختار قيمتها؛ لأن الولد متأخر عن القيمة تقديرًا، فلا يستحق الشريك فيه شيئًا.

قال ابن القاسم أيضًا: ويعتق عليه النصف الذى بقى له بيده؛ لعدم انتفاعه به، والنصف الآخر رقيقًا لمن اشتراه وقيل: لا يعتق، فلعله يملك باقيها، فيحل له وطؤها، وقاله ابن القاسم – أيضًا – ومالك، ومحمد، فإن أعتق أحد الشريكين حصته مليًا، فوطئها الآخر قبل التقويم: لم يحد؛ لأن حصته فى ضمانه، ولا صداق عليه إن طاوعته، ولا ما نقصها، وإن أكرهها: فنصف نقصها بلا صداق، قاله مالك، فإن أعتق جميعها: قال ابن القاسم: ليس لشريكه عتق حصته، لتقدم عتق غيره.

وقال بقية الرواة: له ذلك؛ لأنه ملكه، فإن وطئها الآخر بعد علمه: حد إن لم يعذر بجهل.

قاله ابن القاسم؛ لأنه وطئ حرة.

وقال ابن القاسم: لا يحد، ويلزم ابن القاسم أن عليه القيمة يوم العتق، ويلزم تركته، ولم يقله.

فإن كان المعتق لجميعها معسرًا: لم يحده ابن القاسم.

فإن كان مليًا، ولم يطالب حتى أعدم، وقد علم الآخر به، فتركه مع القدرة على القيام ومضى العتق، واتبع بها دينًا، وإن كان غائبًا، ولم يعلم بالعتق: فهو على حقه، قاله ابن القاسم، وهو خلاف أصله فى هذه المسألة؛ بل يلزمه عدم الفرق بين الحضور والغيبة؛ لأنها عتقت كلها لما كان مليًا.

الثانى عشر: قال ابن يونس: إن طلق قبل البناء، و الوطء، وقال ظننت ألا تبين إلا بالثلاث: فلا يحد، ولها صداق واحد إذا عذر بالجهالة، وكذلك المطلق ثلاثًا، ويطأ فى العدة، ولا صداق، أو أم ولده بعد العتق إن عذر بالجهالة، إذا قال: ظننت الحل، وإلا حد، أو وطئ أم ولده بعد الردة، وهو يعلم أنها حرام لشبهة الملك – أو وطئ مجوسية بالملك عالمًا بالتحريم بخلاف لو تزوجها عالمًا بالتحريم؛ لعدم الشبهة، إلا أن يعذر بجهله.

قال محمد: إن وطئ من ذوات محارمه من لا تعتق عليه، كالخالة: لا يحد - أو تعتق عليه: حد، كالبنت، ولا يلحق به الولد؛ لضعف الشبهة لعتقهن بالشراء، إلا أن يعذر بجهالة، فلا يحد، ويلحق به الولد - ولا يحد الأب بوطء أمة ابنه؛ لقوله - عليه السلام - أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ[1]. ويغرم قيمتها - حملت أم لا - ؛ لأنه حرم وطأها على الابن - فإن أعسر: بيعت عليه بعد الاستبراء إن لم تحمل، فإن نقص ثمنها عن القيمة: اتبع بالتمام، وإن فضل: فللأب - وكذلك الجد لأب، أو لأم، قاله ابن القاسم -، وخالفه أشهب فحدهما لنقص رتبتهما عن الأب فى النفقة وغيرها.

ومن أحلت له جارية: ردت إلا أن يطأها فلا يحد للشبهة، كان جاهلًا أو عالمًا، وتلزمه قيمتها يوم حملت أم لا - ولا يتمسك بها ربها بعد الوطء، وإن لم تحمل بخلاف الشريك؛ لأن الشريك متعدٍ - فإن تماسك: صح ما يخشى من عارية الزوج - ولا يؤمن أن يحلها ثانية - فإن كان عديمًا وقد حملت: فالقيمة فى ذمته، وإن لم تحمل: بيعت عليه، وله الفضل، وعليه النقص -قاله ابن القاسم.

قال الأبهرى: وهذا كله إذا جهل التحريم، وإلا حد - ولا يلحق به الولد؛ لعدم الملك والنكاح، وجهله التحريم، وهو خلاف المدونة.

الثالث عشر: قال الطرطوشى: يرجم اللائط الفاعل، والمفعول، أحصنا أم لا، عبدين أو كافرين.

وقال أشهب: يحد العبد خمسين، ويؤدب الكافر، وإن وطئ أجنبية فى المحل المكروه: ففى المدونة: هو زنى يرجم المحصن، ويجلد غيره، ويضرب الرجل.

وقال القاضى أبو محمد: حكم ذلك حكم اللواط.

وقال كثير من العلماء: الشهادة على اللواط كالزنى: أربعة.

وقال (ش)، وأحمد فى الجديد: اللواط كالزنى: يرجم المحصن، ويجلد غيره.

وقال (ح): إنما فيه التعذير، إلا أن يتكرر فيقتل.

لنا: قوله ﷺ فى أبى داود «اقْتُلُوا الْفَاعِلَ وَالْمَفْعُولَ بِهِ أُحْصِنَا أَوْ لَمْ يُحْصَنَا»[2].

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/٢٨٩) كتاب البيوع: باب فى الرجل يأكل مال ولده (٣٥٣٠)، وابن ماجه (٢/٧٦٩) كتاب التجارات: باب مال الرجل من مال ولده (٢٢٩٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٤/١٥٨) كتاب الحدود: باب فيمن عمل عمل قوم لوط (٤٤٦٢)، =

واستشار فيه الصديق الصحابة، فأشاروا بالقتل، وكان أشدهم على، فأفتى فيه بالحرق فكتب الصديق لخالد بالحرق، ولأن الرجم هو العقوبة الواقعة بقوم لوط.

وقال ابن وهب: لا أرى حرقه إلا بعد أن يقتله، ولأنه نوع من الفساد فى الأرض، وسعى فى سد باب النسل، فيجب به القتل، كالحرابة.

احتج (ش) بأنه إيلاج فى فرج آدمى يحرم، فيكون زنى كالقبل.

جوابه: إن هذا أفحش؛ لأنه سد باب النسل، وقد جعل الله - تعالى - للزنى سبيلًا بالنكاح، ولم يجعل للواط سبيلًا، فكان أقبح.

احتج (ح) بأنه لا يتعلق به إحصان، ولا إحلال، فلا يوجب الحد، كالإيلاج فى الفم وغيره -والجواب: لأنه معارض بأنه يتعلق به الغسل والمهر عندنا، وأما الإحلال، والإحصان: فمناطهما كمال الوطء، ولم يوجد.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: ولا صداق على الفاعل فى طوع ولا إكراه، ويرجم المفعول به إن أكد، ويرجم الفاعل.

الرابع عشر: قال ابن يونس: المرأة تأتى المرأة.

قال ابن القاسم: ذلك لاجتهاد الإمام بحسب شنعة ذلك وخفته، وعنه: تجلدان خمسين خمسين[1]، ونحوهما، وعليهما الغسل إن أنزلتا.

قاعدة[2] فى التنبيهات: الدارئة للحد ثلاثة: - فى الفاعل كاعتقاد الحل - كمن وطئ أجنبية يظنها امرأته - وفى المفعول - نحو: كون الأمة مشتركة - وفى الطريق: كالنكاح المختلف فيه - كالزواج بلا ولى، أو شهود إذا استفاض، قاله فى الجواهر.

قال: واختلف فى درء الحد فى نكاح المتعة والمذهب الدرء، وليس كل الخلاف دارئًا؛ بل الضعيف لا يدرأ ولم يصح ما روى: ادرأوا الحدود بالشبهات - فيعتمد

= والترمذى (٤/٤٧) كتاب الحدود: باب ما جاء فى حد اللوطى (١٤٥٦)، وابن ماجه (٢/ ٨٥٦) كتاب الحدود: باب من عمل عمل قوم لوط (٢٥٦١)، والبيهقى (٨/ ٢٣٢)، كتاب الحدود: باب ما جاء فى حد اللوطى. والحاكم فى المستدرك (٤/ ٣٥٥) وصححه، وأقره الذهبى.

(١) فى أ: ستين.

(٢) سقط فى ط.

على أن صور الشبهات قاصرة عن موطن الإجماع فلا يلحق به.

الخامس عشر: فى الجواهر: إن استأجرها للزنى لم يدرأ عنه عقد الإجارة الحد - وقاله (ش)، وأسقط (ح) الحد عنهما، ونقض أصله بما لو استأجرها للطبخ، أو الخياطة، ونحوه من الأعمال: يحد - وفرق بأن النكاح ينعقد بلفظ الإجارة، وقوله بعد ذلك: لأزنى بك: لغو، كما لو صرحا بلفظ النكاح، ثم قال: لأزنى بك: فهو فساد لا يثبت مع الحد.

لنا: قوله - تعالى - ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى﴾ الآية [النور: ١] وقوله - تعالى - ﴿وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ﴾ [النور: ٣٣] وهو بعوض؛ لقوله - تعالى - فى آخر الآية ﴿لِّتَبْتَغُوا۟ عَرَضَ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا﴾ [النور: ٣٣].

وقد قال (ح): إذا قال له: زنيت بدابة: لا يكون قاذفًا - أو بثوب: فقاذف؛ لأن التقدير: مكنت دابة من نفسك، وأخذت عوض الزنى ثوبًا، ولأنه وطء مجمع على تحريمه، لا ملك فيه، ولا شبهة ملك، والواطئ عالم بتحريمه، فأشبه صور الإجماع، وقياسًا على إجارتها للخدمة، فإنه إذا حد فى الإجارة الصحيحة: فأولى فى الفاسدة - ولو سقط بها العقد لسقط بالمعاطاة التى ينعقد بها البيع والإجارة على الخلاف - والخلاف شبهة - فإن التزموا هذا: فالزنى فى الغالب لا يقع(١) إلا فى معاطاة -احتجوا بحديث مرغوس المتقدم، والقياس على النكاح الفاسد.

والجواب عن الأول: أن تلك الجارية عذرها عمر - رضى الله عنه - بالجهالة بتحريم الزنى، ومسألتنا ليست كذلك.

وعن الثانى: أن النكاح الفاسد لا بد أن يختلف فى أصل جوازه، وهذا متفق على تحريمه.

السادس عشر: فى الجواهر: إذا باع امرأته من الجوع، وأقرت له بالرق: فوطئها المبتاع: قال ابن القاسم: لا تحد، وتعذر بالجوع.

وقال ابن وهب: إن طاوعته وأقرت أنه أصابها طائعة: حدت.

نظائر: قال: تسع نسوة لا يحد واطئهن: الأمة المشركة - والمحللة - وجارية الابن - وجارية الأب - وأجداد الآباء والأمهات كالوالد - والأمة ذات المحرم

(١) فى أ: يقطع.

كالعمة والخالة - وذات محرم من الرضاعة، ومن كان عالمًا بالتحريم عزر - والجارية تخدم رجلًا يطؤها - والمتزوجة على عمتها، أو خالتها، أو فى عدتها، ويطؤها فى عدتها.

نظائر: قال صاحب الخصال: خمس نسوة لا يقام الحد عليهن - المكرهة، والنائمة - والمجنونة - والصبية التى لم تبلغ - وموطوءة الصبى الذى لم يبلغ - ومتى قال لواحدة منهن: يا زانية: حد، للقذف، ويحد واطئهن، وعليه الصداق، إلا الصبى لا يحد.

قاعدة: كلما سقط الحد لحق النسب، ومن يحد لا يلحق به النسب.

قال عبد الحق: إلا فى ست مسائل: - يشتريها، ويقر أنه أولدها عالمًا بحريتها - أو ممن تعتق عليه - أو يتزوجها، ويقر أنه أولدها عالمًا بأنها ذات محرم بنسب أو رضاع، أو صهارة - أو يشترى إحداهما بخيار، ويقول: أولدت هذه منهما بعد اختيار الأخرى، وترك هذه - أو يقول: أولدت المرأة عالمًا بأن لى أربعًا سواها - أو يقول: اشتريتها، والسيد منكر، ولا بينة، فيحد هو والجارية إن أقام السيد على إنكاره.

النظر الثانى: فى الموجب.

وفى الجواهر: هو الرجم، والجلد، والنظر فى الرجم، وشرطه، وهو الإحصان - والجلد مائة وما يضاف إليه - وهو التغريب، فهذه أربعة أطراف:

الطرف الأول: فى الإحصان.

وفى الجواهر: خمس خصال: التكليف، والحرية، والإسلام، والتزويج الصحيح، والوطء المباح، وفى الحقيقة: ثلاثة: الحرية، والتزويج، والوطء، وغيرها معتبر فى أصل الزنى، ولم يشترط عبد الملك إباحة الوطء؛ بل يحصن وطء الحائض من زوجها، ولا يحصن وطء الشبهة فى النكاح الفاسد، ويشترط الإصابة بعد الحرية، ولا يشترط حصوله فى الوطئين، بل إن أحصن أحدهما: رجم، وجلد الآخر.

فائدة: أصل هذه اللفظة: المنع، ومنه: الحصن للبناء؛ لأنه يمنع من فيه من العدو، فالتكليف وازع يمنع من تعاطى المحرمات، والحرية تجعل النفس أبية تمتنع من القاذورات، والإسلام يمنع الإقدام على المنهيات، والتزويج يكمل النعمة،

فيصير من ذوى الرتب العليات ويعظم عليها المؤاخذات.

والإجماع فى التكليف - والوطء -، وأما الحرية: فلقوله - تعالى - ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] والوطء المباح؛ لأنه الغالب، فيحمل اللفظ عليه؛ لأنه النعمة الكاملة - ووافقنا (ح) على الإسلام؛ خلافًا للشافعى، وأحمد [لنا: قوله - عليه السلام -: «لا إحصان مع الشرك»[١]، والقياس على القذف][٢]. بجامع تكامل النعمة، وهو موجب لزيادة العقوبة بشهادة قوله - تعالى - ﴿يا نساء النبى لستن كأحد من النساء إن اتقيتن﴾ ... إلى قوله - تعالى - ﴿يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ﴾ [الأحزاب: ٣٠]، وقوله -تعالى - ﴿إِذًا لَأَذَقْنَاكَ ضِعْفَ الْحَيَاةِ وَضِعْفَ الْمَمَاتِ﴾ [الإسراء: ٧٥]، وقوله - تعالى -﴿لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ ثُمَّ لَقَطَعْنَا مِنْهُ الْوَتِينَ﴾ [الحاقة: ٤٥، ٤٦] فجعل - تعالى - مؤاخذته ومؤاخذة أزواجه أعظم المؤاخذات؛ لأنهم أكمل من غيرهم ولأنها العادة أن مناقشة خواص الملك أعظم.

احتجوا بما فى الصحاح[٣]: جاءت اليهود إلى رسول الله ﷺ فذكروا: أن رجلًا وامرأة منهم زنيا - فقال رسول الله ﷺ: ما تجدون فى التوراة فى شأن الرجم؟ فقالوا: نفضحهم، ويجلدون، فقال عبد الله بن سلام: كذبتم، إن فيها الرجم، فأتوا بالتوراة، فنشروها، فوضع أحدهم يده على آية الرجم، ثم قرأ ما قبلها وما بعدها - فقال له عبد الله بن سلام: ارفع يدك، فرفع يده، فإذا فيها آية الرجم، فقالوا: صدقت [يا محمد]، إن فيها آية الرجم، فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما، وفى البخارى: وكانا قد أحصنا - ورسول الله ﷺ لا يحكم بغير شرعه، ولأن الكافر يعتقد دينه أتم الأديان، وأكمل النعم، فيؤاخذ بذلك فى العقوبة، ولأن غيره من الشروط إذا عدم، خلفه ضده فى عدم المنع؛ لأن المجنون والصبى لا يمتنعان، والرقيق أجر على الزنى - وعدم الوطء يبعث على الزنى ليقف على حقيقته، أما عدم

---

(١) بلفظ «من أشرك بالله فليس بمحصن»: أخرجه الدارقطنى (٣/ ١٤٧) (١٩٩)، والبيهقى (٨/ ٢١٦) كلاهما موقوفًا ومرفوعًا، والصواب الموقوف.

(٢) سقط فى أ.

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٨١٩) كتاب الحدود: باب ما جاء فى الرجم (١)، والبخارى (١٢/ ١٧٢) كتاب الحدود: باب أحكام أهل الذمة وإحصانهم إذا زنوا (٦٨٤١)، ومسلم (٣/ ١٣٢٦) كتاب الحدود: باب رجم اليهود (٢٦-١٦٩٩).

الإسلام فلا؛ لأن الكافر يمتنع من الزنى كالمسلم، ولأن الفرق بينه وبين القذف: أن الوطء لا يعتبر فى القذف، ويعتبر فى الرجم - ويعتبر فيه العفاف دون الرجم - ولا يعتبر فيه إحصان المحدود؛ لأن الذمى يحد فى القذف - فهو حجة لنا - لعموم قوله عليه السلام: «الثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ رَجْم بِالْحِجَارَة»(١) - أو سبب للقتل على المسلم فيكون سببًا فى حق الكافر كالقصاص.

والجواب عن الأول: أن الحديث صحيح، إلا تلك الزيادة «وهما محصنان» وإنما رجمهما بوحى يخص أولئك، لوجوه: أحدها: أنه - عليه السلام - لا يليق، به ولا بمن له أدنى دين، أن يتصرف فى الزنى بغير أمر الله تعالى .

وثانيها: أن هذه القصة وقعت أول نزوله - عليه السلام - المدينة ولم يكن حد الزنا نزل بعد، ولذلك روى ابن عمر مفسرًا قال: وكان حد المسلمين يومئذ الجلد.

وثالثها: قوله - تعالى -: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]، وهذا يقتضى: أنه إنما حكم بوحى يخصهم.

ورابعها: أنه روى فى الخبر: أنه رجمهما بشهادة الكفار، وأنتم لا تقولون به - ولأنه - عليه السلام - لم يسأل عن شرائط إحصانهما.

تنبيه: الحديث يشكل عليه مذهبنا، ومذهب المخالف - أما مذهبنا: فلأنا ندعى وحيًا وتخصيصًا بهذين الشخصين بغير دليل، مع أن الظاهر اقتضى الاعتماد على التوراة - لا سيما إذا جمعت طرق الحديث، وأما مذهبهم: فإن التوراة محرفة، وإخبار عبد الله بن سلام وغيره، إنما يفيد: أنه رأى ذلك فى التوراة؛ لأنه يرويها عن الصدور، بل الرواية [متعذرة] فى كتب الإسرائيليين؛ لطول الزمان، وكثرة اللعب، والإهمال، والاعتماد على مثل هذا باطل إجماعًا - وشرع من قبلنا، إنما يكون شرعًا لنا إذا ثبت أنه شرع من قبلنا بوحى ثابت، أو رواية صحيحة، ولا يمكن أن نقول أن حد المسلمين يومئذ الرجم؛ لأنه لو كان كذلك لما سألهم - عليه السلام - عن التوراة [ولما حكم بغير شريعته](٢). ولا فحص؛ لأنه نهانا عن ذلك، وقال: «لَا تُصَدِّقُوهُمْ، وَلَا تُكَذِّبُوهُمْ، وَقُولُوا: آمَنَّا بِاللهِ»(٣) بل مفهوم القرآن فى قوله - تعالى

(١) أخرجه مسلم (١٦٩٠)، وأبو داود (٤٤١٥)، والشافعى (٢/ ٧٦)، والبيهقى (٨/ ٢١٠).
(٢) سقط فى ط.
(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٣١٨) كتاب العلم: باب رواية حديث أهل الكتاب (٢٦٤٤)، وأحمد

- ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] يأبى ذلك، وقوله - تعالى - ﴿وَمَن لَّمۡ يَحۡكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾. [المائدة: ٤٥]

وفي المنتقى: يحتمل أن يكون أوحي إليه بصحة هذا من التوراة، أو علم ذلك عند عبد الله بن سلام، وغيره على وجه يوجب العلم، أو شرع من قبلنا شرع لنا، وقد نبهت على ضعف الوجوه الأخيرة.

قال: قال مالك: لم يكونوا أهل ذمة.

وعن الثاني: أنه لا عبرة باعتقاده بأنه نقمة أخرى لا نعمة؛ لأن الكافر لو قذف كافرًا لا يحد، وإن اعتقد أن المقذوف محصن.

وعن الثالث: أنه يبطل شهادته فإنه يعتقد تحريم الكذب، ولا تقبل شهادته.

وعن الرابع: أن العفة عن الزنى لا تبقى مع القذف، فاعتبرت، وفي الإسلام: هما سواء يبقى معها، فاعتبرت فيهما.

والجواب عن الخامس: أنه يخصصه بما ذكرنا من الأدلة.

وعن السادس: أن القصاص لا يعتبر فيه بخلاف ههنا.

فرع: في المنتقى: لا يحكم أحدنا اليوم بحكم التوراة.

وقال أشهب: إذا طلب أهل الذمة الرجم - وهو دينهم - فلهم ذلك، إلا من كان رقيقًا لمسلم، فليس لهم فيه رجم، ولا جلد، ولا قتل؛ لتعلق حق المسلم.

وقوله: فأمر رسول الله ﷺ بهما فرجما - يدل على أن الإمام [لا][1] يلزمه مباشرة الحدود، وقاله مالك و (ش).

وقال (ح): في الاعتراف يلزمه الافتداء بالرجم، ثم يتبعه الناس بخلاف البينة.

لنا: القياس على السرقة، ويدل الحديث - بقوله: فلقد رأيت الرجل يحني على المرأة يقيها الحجارة: أن المرجوم لا يحفر له، قاله مالك، و (ح).

وقال (ش): يحفر للمرأة ولو حفر لم يكن منحنيًا عليها.

قال ابن دينار [و] يفعل الإمام من ذلك ما يراه.

وقال أصبغ: يحفر للمرجوم، وترسل له يداه يدرأ بهما عن وجهه، إن أحب.

وفي الكتاب: إذا زنى الكافر لم يحد، ورد إلى أهل دينه، فإن أعلنوا الزنى،

= في المسند (٤/ ١٣٦)، وموارد الظمآن (١١٠).

(١) سقط في ط.

وشرب الخمر نكلوا.

قال ابن يونس: لأن الحد تطهير للكافر، وهو ليس من أهله بخلاف القذف، والسرقة، والحرابة؛ لأنه من باب التظالم حق للذمى فيقام عليه - وإن أسلم.

فرع: فى الكتاب: يقبل قوله: أنا بكر، ويجلد - ولا يقبل فى الإحصان النساء كان معهن رجل أم لا؛ لأنه حكم بدنى.

فرع: قال: إذا طال مكثه بعد الدخول، فشهد عليه بالزنا، فأنكر الإصابة: لم يرجم إلا بإقرار، أو ظهور ولد، لعظم حرمة الدم، بخلاف الصداق.

فى النكت: قال: [فى] النكاح الثابت إذا أخذت تزنى بعد إقامتها مع زوجها عشرين سنة: تحد.

اختلف الجواب؛ لأن الزوج مقر بالوطء، أو يحتمل أن الطول فيها أكثر، أو اختلاف قول، كما قاله يحيى بن عمر، أو يفرق بأن العادة فى طول المدة إذا لم يحصل وطء - تطالب المرأة به، فلما لم يكن ذلك: دل على حصوله - وليس عادة الزوج إظهار الوطء -، قاله بعضهم، وليس بشىء -، بل الفرق ينعكس فى الزوج إذا كان هو الزانى، يقال تركها القيام دليل الوطء.

قال ابن يونس: قال محمد -: إذا اختلفا فى الوطء بعد الزنى: لم يقبل قول الزانى منهما، ورجم، ولو لم يكن خلا بها إلا ليلة، أو أقل، وإن اختلفا قبل الزنا: لم يكن المقر محصنًا، ولو أقام معها الدهر، وقاله ابن القاسم، والفرق بين قبل وبعد: أن الزوجة تقول قبل: إنما أقررت لتكميل الصداق، ويقول الزوج: إنما أقررت لتكون لى الرجعة والمقر بعد منهما أوجب على نفسه، ولا عذر له، فيكون الآخر مثله، إذ لا يكون الواطئ محصنًا دون الموطوء ولا يسقط إنكاره حدًا وجب.

قال اللخمى: لا يكون محصنًا بالعقد، ولا بالدخول فيما يفسخ بعد الدخول، فإن كان مما يثبت بعد الدخول: كان به محصنًا بما بعد بأول الملاقاة، فإن صح العقد، وفسدت الملاقاة: لم يحصن عند ابن القاسم، ولا يحد؛ خلافًا لعبد الملك فيهما؛ لأن إطلاقات صاحب الشرع تحمل على المشروع؛ لأنه عرفه، وعند ابن دينار: يحصن ولا يحل، قال: ولو عكس لكان أشبه؛ لأن الحد يدرأ بالشبهة، ومتى تصادقا فى الإصابة قبل الزنى: فمحصنان، أو على نفيه: فبكران وإن اختلفا: حد المنكر، واختلف فى المقر فقيل: يرجم إلا أن يرجع قبل الجلد، فإن اختلف

بعد الزنى: فثلاثة أقوال:

قال عبد الملك: لا يقبل قول المنكر، ويرجمان، وهو قول أصحابنا.

وقال ابن القاسم: يصدق الزوج.

والقول الثالث: ما تقدم ذكره فى كتاب النكاح فيما تقدمت حكايته فى الثلاث، وإذا غاب أحدهما، أو مات قبل أن يسمع منه إقرار، أو إنكار، ثم أخذ الآخر يزنى: فالجواب كما تقدم فى الحاضر الذى لم يسمع منه شىء.

فى المقدمات: إذا خالفها وأقر بالوطء قبل الزنى، أو بعده: فمحصنان وإن أنكراه بعد الزنى، ولم يقرا قبله: فثلاثة أقوال: لا يصدقان عند ابن وهب، وإن قرب إلينا، وقال جمهور الأصحاب: يصدقان إلا أن يطول الزمان جدًّا، و يصدقان وإن طال الزمان وهو ظاهر المدونة فى كتاب الرجم.

والثانى ظاهرها فى النكاح الثابت، وإن أنكرا قبل الزنى: صدقا اتفاقًا.

فرع: قال اللخمى: ومتى كان الزوج وحده غير بالغ: لم يكن واحد منهما محصنًا، وهى غير بالغة وحدها يحصن دونها؛ لأن مقصود الوطء يحصل من الصغيرة له، ولا يحصل للمرأة من الصغير، وإن كان أحدهما عبدًا: يحصن الحر منهما؛ لوجود الحرية والزوجية، وإن كان أحدهما مجنونًا يحصن العاقل خاصة، قاله مالك، وابن القاسم.

وقال أشهب: المعتبر: الزوج إن كان عاقلًا فلا يحصن هو، وهى أيضًا إن زنت فى إفاقتها - أو مجنونًا: لم يتحصنا معًا.

وقال عبد الملك: إن صح العقد منهما، أو من وليهما: تحصنا معًا، وإن كانا مجنونين فى حين البناء إذا وقع الزنى فى الصحة، فإن كان الزوج مسلمًا، وهى نصرانية: يحصن دونها، أو مسلمة دونه: لم يكن إحصانًا لها؛ لأنه إن تزوج وهى مسلمة: كان فاسدًا، أو نصرانية: فهى [غير][1] مخاطبة بالفروع.

فى المقدمات: إن وقع الوطء قبل الإسلام، أو الحرية: لم يعتبر، حتى يقع بعدهما، ويعتبر اجتماع الإسلام والحرية، أيهما تقدم، وإذا انفرد [الإسلام]: فهو إحصان، أو الحرية: لم يكن إحصانًا يعتبر، وبهذا تجتمع الآيات، فقوله - تعالى -

---

(١) سقط فى أ.

﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ﴾ [النساء: ١٥]، وقوله - تعالى - ﴿وَاللَّذَانِ يَأْتِيَانِهَا مِنكُمْ فَآذُوهُمَا فَإِن تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا﴾. [النساء: ١٦] منسوختان إجماعًا بقوله - تعالى - ﴿فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] قرئ أحصن وأحصن، بفتح الصاد وكسرها - فالثانى: معناه تزوجن.

قال القاضى إسماعيل: لتقدم قوله ﴿مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] فيقتضى: أن التزويج حال العبودية لا يوجب رجمًا ولا جلد مائة، وقوله -تعالى - ﴿نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾أى: الحرائر المسلمات، لا الحرائر المتزوجات؛ لأن حدهن الرجم، وهو لا يتبعض.

نظائر: [أربعة لا يحصنَ ولا تحصن: الأمة الزوجة للحر، تحصنه ويحصنها، والكتابية، والصبية التى لم تبلغ، ومثلها يوطأ، والمجنونه][1].

الطرف الثانى: الرجم.

فى التنبيهات: للرجم عشرة شروط: البلوغ، والعقل، والإسلام، وعدم الشبهة، ومغيب الحشفة فى قبل أو دبر بين آدميين غير مكرهين، ولا جاهلين، والإحصان والحرية.

وفى الكتاب: لم يعرف مالك أن البينة تبدأ بالرجم، ثم الناس، وفى الإقرار، والحمل يبدأ الإمام؛ بل يأمر كسائر الحدود، ولا يربط المرجوم، ولا يحفر له، ولا للمرأة؛ لما فى الحديث: رأيت الرجل يحنى على المرأة، يقيها الحجارة ولو كان فى حفرة، ما حنى عليها.

قال ابن يونس: يرمى بالحجارة التى يرمى بمثلها، دون الصخور، ويرمى حتى يموت، ومنع الحفر لازم؛ لأن ماعزًا هرب من الحجارة، ولو كان فى حفرة ما فر، ولأن المطلوب نيل الحجارة جميع الجسد.

قال الشيخ أبو إسحاق: يرمى بأكبر حجر يقدر الرامى على حمله، قاله فى الجواهر.

قال اللخمى: يجتنب الصخور؛ لأنها تشوه، والصفا؛ لأنها تطول، ولا تختص

---

(١) سقط فى أ.

بالظهر، بل مقابل الظهر، وغيره، ومن السرة إلى فوق - ويجتنب الوجه للشرف، والرجلين، واليدين للتعذيب من غير مقتل، ويجرد أعلى الرجل دون المرأة؛ لأنها عورة.

وفى الموازية: يحفر له، ولها.

قال أشهب: إن حفر له خليت له يداه وكذلك المحارب إذا صلب ترسل يداه، وقيل: يحفر للمشهود عليه دون المقر؛ لأنه إن تهرب ترك، وقد حفر رسول الله ﷺ للغامدية دون ماعز إلى صدرها[1]، وأمر البينة بالتبدئة أحسن؛ لأنه يؤدى للتثبت فى الشهادة، ويعذر الإمام فى الإقرار عند عبد الملك وسحنون؛ لأنه إذا رجع أخذه بعلمه عندهم.

وعند مالك: إذا رجع لا يؤخذ إلا بالبينة: شهادة اثنين، أو أربعة على الخلاف - ويستحب بداية الإمام فى الحمل؛ لأنها مسألة خلاف إن ادعت أنه بشبهة، ولم تصدق.

فرع: فى الكتاب: يغسل المرجوم، ويكفن، ويصلى عليه عند الإمام، ويدفن؛ لأنه مسلم [وينزجر الجناة بعدم صلاة الأئمة][2].

فرع: قال: إذا رجع أحد الأربعة الشهود قبل الحد، أو وجد عبد أو مسخوط: حدوا حد القذف؛ لعدم ثبوت قولهم، فإن رجع جميعهم بعد الرجم: حدوهم بإقرارهم بالقذف، والدية فى أموالهم؛ لأنهم سبب قتله، أو رجع واحد حد وحده، وإن علم بعد الحد أن أحدهم عبد: حدوا، أو مسخوط: لم يحدوا؛ ولأن شهادتهم تمت باجتهاد الإمام فى عدالتهم، بخلاف العبد فإنه من خطأ[3] الإمام، وإن لم يعلم الشهود: فالدية على عاقلة الإمام لتفريطه أو علموا: فعلى الشهود فى أموالهم؛ لأنه فى معنى العمد، فلا تحمله العاقلة، ولا شىء على العبد فى الوجهين، وما أخطأ به الإمام من حد الله فبلغ ثلث الدية فأكثر: فعلى عاقلته، أو دون الثلث: ففى ماله،

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٣٢٣) كتاب الحدود: باب من اعترف على نفسه بالزنى (٢٣/ ١٦٩٥) من حديث بريدة، بلفظ: (ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها) وفى الباب عن أبى هريرة، وابن عباس، وأبى سعيد الخدرى.

(٢) فى ط: وليرد قدر الإمام بعد صلاة الأئمة.

(٣) فى أ: حظ.

وإن وجد بعد الرجم مجبوبًا: لم يحد الشهود؛ لأنه لا يحد قاذف المجبوب وعليهم الدية في مالهم، والأدب، وطول السجن.

من النكت: إن رجع أحد خمسة، فأكثر: لا شيء على الراجع؛ لثبوت الحد بالنصاب، فإن رجع أحد الأربعة: غرم هو والأول ربع الدية بينهما نصفين، فإن رجع قبل أحد الأربعة جماعة: فذلك بينهم بالسواء مع الرابع، فإن رجع آخر: فعليه، وعلى من رجع قبله نصف الدية بينهم بالسواء، وعلى هذا، وعن ابن القاسم: أن على الراجع الزائد على الأربعة الحد؛ لإقراره أن الشاهدين معه مبطلون قذفة، وإنما لا يحد قاذف المجبوب إذا جب قبل الاحتلام، وكذلك الشهود؛ لأنهم يقولون: رأيناه يزني قبل جبه، ولو قالوا: بعد جبه: لم يحدوا؛ لأنه هذيان، فيفترق الحال فيهم، وقيل: المسألتان سواء وليس بصحيح.

قال ابن يونس إن قالت البينة: تعمدنا شهادة الزور حتى قتل: لا يقتلون.

قاله ابن القاسم؛ لأن غيرهم المباشر، وكذلك القطع والقصاص.

وعن الحسن بن إبراهيم: يقتلون، وإن علم بعد الحد أن أحدهم نصراني، أو أعمى، أو ولد زنا: حد الشهود أجمع: الأحرار والنصراني ثمانين، والعبد أربعين.

وإن وجد أحدهما بعد القصاص في اليد عبدًا، أو ممن لا تجوز شهادتهم: لم يكن على متولي القطع شيء؛ لأنه من خطأ الإمام - فإن ظهر قبل رجم المرأة: أن أحدهم زوجها: جلد الثلاثة، ولاعن الزوج، فإن لم يلتعن جلد؛ لأن الزوج خصم لا تقبل شهادته، فإن علم ذلك بعد رجمها لاعن الزوج، فإن نكل: حد دون الثلاثة لاعن أم لا، إلا أن يعلم أنه تعمد الزور، ليقتلها وهو يعلم أن شهادتهم كذب، فلا يرث، ويحد ويصدق أنه لم يتعمد الزور، [وإنما لم][1] تحد البينة لاعن أم لا؛ لأن الشهادة قد تمت، والزوج كالمسخوط، وكالراجع منهم بعد الرجم.

وعن أصبغ: إن التعن بعد الرجم: لم يحدوا، وإلا حدوا، والأول لابن القاسم.

قال ابن القاسم: وليس على الزوج من ديتها شيء ولا على الشهود، ولا على الإمام؛ لأنه ليس بخطأ صراح، وإن قذفها أحد بعد زنى الزوج: حد ولا ينتظر ملاعنة الزوج.

---

(١) بياض في أ.

قال محمد: ترجم بذلك إن لم تدفعه باللعان، وإن قذفها بعد موتها: لم يحد؛ لأن لعان الزوج واجب ذلك عليها، ولم يخرج منه.

قال اللخمى: إن رجعت البينة قبل الحد، وبعد الحكم: فثلاثة أقوال.

قال ابن القاسم: يقام الحد، ويغرمون الدية فى أموالهم؛ لأن الحكم لا ينقض [وهو فى معنى العمد.

وعنه: لا يرجم، لحرمة القتل، وكذلك القطع، وعن أشهب القولان.

وعنه: يقتصر][(١)] على أدنى الحدين، فيضرب ويغرب، ولا يقطع فى سرقة، ولا قصاص، ويغرم العقل فى القصاص؛ لأن الرجوع شبهة، ولأن العاقلة لا تحمل الاعتراف، وإن رجعوا بعد الجلد، والتغريب، واعترفوا بالعمد: فيختلف: هل يضرب كل واحد خمسةً وعشرين، على القول بالقصاص فى الرجم، أم على القول الآخر، ويزاد فى عقوبتهم التغريب، إلا أن يرجعوا قبل أن يغرب، ويضرب كل واحد القذف: ثمانين للقذف؛ لأنهما حقان، ورجوع أحدهم يجرى على الخلاف المتقدم.

قال ابن القاسم: إن رجع بعد الحد: جلد وحده دون الثلاثة، وإليه رجع عن جلد جميعهم، وقيل فى ظهور عبد معهم: لا شىء على الحاكم، وعلى الشهود إذا لم يعلموا أنه عبد أو ذمى، أو علموا، وجهلوا رد شهادة العبد، قال: وإن علم العبد وحده أن شهادته لا تجوز: فهى جناية فى رقبته، وإن علموا ذلك كلهم: فالدية عليهم أرباعًا؛ لاشتراكهم فى تعمد الجناية، قاله أبو مصعب.

وإن وجد مجبوبًا فالدية على عاقلة الإمام، قاله أشهب، وإن قال: زنيت، وأنت مجبوب: حد عند ابن القاسم؛ لأنه يستتر بقوله: وأنت مجبوب، كقوله: زنيت وأنت نصرانية، أو أنت صغيرة. [أو مستكرهة]

فى الكتاب: إن أقر القاضى بتعمد القتل، أو القطع، أوغيره: أقيد منه.

فرع: فى النكت لا تمهل المرأة حتى تستبرأ، حتى يكون حملًا ظاهرًا، فحينئذ يؤخر الرجم، إلا أن يكون لها زوج مرسل عليها فتستبرأ لأن طالب النطفة قائم.

الطرف الثالث - الجلد.

---

(١) سقط فى أ.

فى التنبيهات: له ثمانية شروط: البلوغ، والعقل، والإسلام، وعدم الشبهة، ومغيب الحشفة فى قبل أو دبر من آدميين من غير إكراه، ولا جهل بالتحريم - وفى الثلاثة الأخيرة اختلاف، وأصله قوله تعالى ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] وفى الكتاب: يضرب فى الحدود كلها على الظهر، ويجرد الرجل فى الحد والنكال من الثياب، ويقعد، ولا يقام، ولا يمد، وتقعد المرأة، ولا تجرد مما لا يقيها الضرب؛ لأنه السنة[1] فى الغامدية، وغيرها، وينزع ما يقيها، كاللبد، ونحوه، وأعجب مالك أن تجعل فى قفة للستر، وصفة الجلد فى الحدود والتعزير واحدة لا مبرح ولا خفيف، ولا يجزئ فى الحد قضيب ولا شراك، ولا درة، بل السوط ودرة عمر - رضى الله عنه - إنما كانت للتأديب، وكان يجلد بالسوط.

وعليك طاعة الإمام العادل العارف بالسنة فى القتل، والحدود - وإن لم تعلم ذلك إلا من قوله؛ لقوله - تعالى - ﴿وَأُو۟لِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٥٩] دون الجائر؛ لقوله ﷺ «أطيعوهم ما أطاعوا الله فيكم»[2] إلا أن تعلم صحة ذلك، وعدالة البينة.

فى التنبيهات: وقع فى الكتاب: أمر الإمام بقطع فى خرابة، بالخاء المعجمة - وهى سرقة الإبل خاصة، والمهملة، وهى الحرابة فى كل شىء.

قال اللخمى: يجلد الحر والحرة مائة، والعبد ومن فيه علقة رق خمسين؛ لقوله - تعالى - ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] بسوط بين سوطين - لا جديد ولا بال - بضرب بين ضربين، فى زمان بين زمانين، من رجل بين رجلين، لا بالقوى، ولا بالضعيف.

وفى الموطأ[3]: اعترف رجل بالزنى على عهد رسول الله ﷺ فدعا رسول الله ﷺ بسوط فأتى بسوط مكسور، فقال: فوق هذا، فأتى بسوط جديد لم تقطع ثمرته،

---

(١) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٨/٣٢٧) عن على بن أبى طالب - موقوفًا - بلفظ: (يضرب الرجل قائمًا والمرأة قاعدة)، وذكره الحافظ فى الدراية (٢/٩٨)، وزاد نسبته إلى عبد الرزاق، وضعف إسناده.

(٢) أخرجه - بنحوه - مسلم (١٨٣٨)، وأحمد (٤/٦٩) و (٥/٣٨١) و (٦/٤٠٢ و ٤٠٣)، والنسائى (٧/١٥٤)، وابن ماجه (٢٨٦١) من حديث أم الحصين.

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/٨٢٥) حديث (١٢) عن زيد بن أسلم مرسلًا، ومن طريقه: الشافعى فى الأم (٦/٢٠١)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٨/٣٢٦) وله شاهد عند عبد الرزاق فى المصنف (٧/٣٦٩) (١٣٥١٥).

فقال: بين هذين، فأتى بسوط قد ركب به، ولان، فأمر به، فجلد، ولا يضع سوطًا فوق سوط، ويعطى كل عضو حقه، إلا الوجه والفرج.

قال ابن شعبان: ومذهب الكتاب أظهر؛ لقوله - عليه السلام - فى الصحيحين[(١)] لهلال بن أمية لما قذف زوجته بشريك ابن سحماء: أربعة، وإلا حد فى ظهرك، وتجعل المرأة فى قفة بها تراب وماء، فإن حبس منها شىء خفى.

قال ابن القاسم: ويجرد فى التعزيرات إذا بلغت للحدود، وفى الخفيف: على ثيابه، وفوق رأسه.

فرع: فى الكتاب: يجمع عليه بين حد الزنى، والقذف، وشرب الخمر، إلا أن يخاف عليه، ويجتهد فى التفريق، وكذلك المريض إذا خيف عليه أخر كما يؤخرالسارق للبرد، ويؤخر الجلد للبرد والحر - ويبدأ حد الزنى على غيره؛ لأنه لا عفو فيه، وتؤخر الحامل حتى تضع وتستقل من النفاس وتؤخر المحصنة حتى تضع، وإن لم يجد الولد مرضعة، فهى ترضع؛ لما فى الموطأ: أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ، فأخبرته أنها زنت، وهى حامل، فقال ﷺ اذهبى حتى تضعى، فلما وضعته جاءته، فقال لها: اذهبى حتى ترضعيه، فلما أرضعته جاءته، فقال لها -عليه السلام -: اذهبى، فاستودعيه، فاستودعته، ثم جاءت، فأمر بها، فرجمت[(٢)].

وإن ادعت الحمل، أو قالت البينة: رأيناها تزنى من ثلاثة أشهر، أو أربعة: نظر إليها النساء: فإن صدقنها: لم يعجل عليها، وإلا فلا، وتقدم حدود الله - تعالى - على القصاص، وإن كان فيه فضل أقيم عليه ما للناس، وإن خيف عليه لمرض أخر حتى يبرأ وإن سرق، وزنى، وهو محصن: رجم ولم يقطع؛ لأن القطع يدخل فى القتل، وإن أقر أنه زنى بنسوة، أو شهد عليه بذلك، فحد واحد، أو شهد عليه بالزنى، وهو بكر، ثم زنى، وهو محصن: أجزأه الرجم.

وكل حد لله، أو قصاص اجتمع مع قتل: أجزأ القتل، إلا فى حد القذف، يقام قبل القتل لحجة المقذوف فى عار القذف إن لم يجلد.

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٨٢٠) كتاب الحدود: باب ما جاء فى الرجم (٥) عن ابن أبى مليكة - مرسلًا. ووصله مسلم عن بريدة (٣/ ١٣٢١-١٣٢٤) كتاب الحدود: باب من اعترف على نفسه بالزنى (١٦٩٥).

قال ابن يونس: قال عبد الملك: إذا زنى، وقذف: ضرب أكثر الحدين مائة، وأجزأه.

قال اللخمى: اختلف إذا قذف، وشرب، أو قذف جماعة: هل حد واحد أم لا؟ وإن سرق، وقطع يمين رجل: قطع للسرقة، تقدمت أو تأخرت؛ لأن حق الله - تعالى - لا يدخله العفو، ولو قتل، ثم قتل وليس لأحد الأولياء مال، ولا دية؛ لأنه لو قطع يمينه، ثم ذهبت يمين القاطع بأمر من الله - تعالى -: لم يكن للمقطوع يده شيء، وإن يمينه من الرسغ، أو سرق وقطع: قطع من الرسغ وسقط يمين المقطوع أو من المرفق، ثم سرق: قطع من المرفق، ودخل فيه القطع للسرقة؛ لأن مقصود قطع السرقة النكال بين الناس، لا الألم بالقطع، وإن سرق، وحارب، ورأى الإمام قطعه فى الحرابة: دخل قطع السرقة فيها، أو نفيه: أقام عليه الحدين، أو قتله: لم يقطع للسرقة، وإن سرق، وقتل بحرابة، أو عداوة: قتل، ولم يقطع وإن زنى، وحارب أجزأ الرجم فى الثيب، أو بكرًا: قتل بالسيف إن رأى الإمام قتله للحرابة، أو رأى قطعه، أو نفيه: أقام الحدين.

وإن زنى، وقتل: أجزأ الرجم، ولا مقال للأولياء، وإن كان غير محصن: قتل[١]، ولم يجلد للزنى، وإن قتل فى الحرابة، وأخذ فى العداوة أو غيلة: قتل للحرابة والغيلة، ولم يكن للأولياء مقال فى عفو ولا دية، وإن زنى المحصن، أو قتل فى حرابة، أو افترى على رجل: حد للفرية؛ لتندفع المعرة، ثم قتل، وإن قطع يمين رجل: قتل للحرابة، ولم يقطع، قاله ابن القاسم، قال: وأرى أن يقطع، ثم يقتل؛ ليستشفى[٢] بالقطع المجنى عليه، وإن كان المحدود ضعيف الجسم يخاف عليه الموت: سقط حد السرقة، وعوقب، وسجن، وفى القصاص: يرجع للدية، ويختلف هل فى مال الجانى أو العاقلة، وفى القذف يفرق الضرب عليه وقتًا بعد وقت، وكذلك الزنى، والشرب، ويبدأ بحد الزنى على القذف إذا اجتمعا، وإن كان الحقان لآدمى: كقذف هذا وقطع هذا: اقترعا أيهما يقدم، إن خيف عليه، وإن كان

(١) فى أ: عبد قتل.
(٢) فى أ: ليتقى.

يكمل أحدهما دون الآخر: أقيم عليه الأدنى منهما من غير قرعة، أو أحدهما لله: قدم، إلا ألا يحتمل إلا حق الآدمى، ويؤخر الآخر لوقت لا خوف فيه، وإن خيف عليه دائمًا، وحق الله تعالى جلد: ابتدئ به مفرقًا، ثم ما للآدمى، ومتى تقدم للمرأة أربعون يومًا من يوم زنت: انتظر حملها، وإلا حدت؛ لأنه قبل الأربعين نطفة لا حرمة لها إلا أن تكون ذات زوج لم يستبرئها: خير فى قيامه بحقه فى الماء، أو يسقط حقه فتحد.

[قاعدة][1]: الأصل أن يترتب على كل سبب مسببه، وكل إيلاجة أو نقطة من الخمر سبب للحد، لكن أجمعت الأمة على التداخل؛ رفقًا بالعباد، ولأنها أمور مهلكة، فهى أولى بالتداخل من غيرها، والتداخل واقع فى الشريعة فى ستة مواطن: فى الطهارة إذا تكررت الأسباب أو اجتمعت: كالغائط، والملامسة، والحدث الأصغر مع الجنابة، والجنابة مع الحيض، وفى الصلاة: كتحية المسجد مع الفرض، وفى الصيام: كصيام الاعتكاف مع رمضان، وفى الكفارات إذا وطئ فى نهار رمضان مرارًا على الخلاف، والحج بطواف العمرة فى حق القارن، وفى الحدود: [وهى] إذا تكرر النوع الواحد، واختلف السبب، لكن المسبب واحد: كالشرب، والقذف، والأموال: كدية الأعضاء مع دية النفس، والصدقات فى وطء الشبهات، ويدخل الأول فى الأخير: كالجنابة مع الحيض، والأعضاء مع النفس - والأخير فى الأول: فى وطء الشبهة، والطرفان فى الوسط - على الخلاف بين العلماء - فى وطء الشبهة، وقيمة المغصوب إذا هلك: هل يلزم الحالة المتوسطة إن كانت أعلى صداقًا أو قيمة - أو لا يلزم إلا الأول [وهو مذهبنا، و (ش) يعتبر أفضل الحالات، ويندرج الأقل فى الأكثر: كالأطراف][2] مع النفس، والأول فى الأكثر: كالعضو الواحد مع النفس، وهذا كله لطف من الله - تعالى - بعباده، وإلا فالأصل ما تقدم.

فرع: فى الكتاب - يقيم السيد الحد على عبده فى الزنى، والقذف والشرب دون

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.

السرقة لأنها مثلة، ولا يقيمها إلا الولى[١] فإن قطعه السيد، والبينة عادلة، وأصاب وجه القطع: عوقب للتعدى، ولا يحد فى الزنى إلا بأربعة شهود غير السيد، فإن كان السيد أحدهم: رفعه للإمام، والحاكم إذا لم تتم الشهادة إلا به رفعه لمن فوقه، فيشهد عنده، أو رفع ذلك للإمام، أو لنائبه، ويقيم الإمام عليه حد السرقة بشهادة السيد مع آخر؛ لعدم التهمة، ولا يقيم السيد حد الزنى على أمته ولها زوج حتى يرفعه للإمام، ولا على العبد قصاصًا حتى يرفعه للإمام، فإن كان له عبدان: جرح أحدهما الآخر: فله القصاص بعد مراجعة الإمام، ولا يقيم الحدود ولاة المياه؛ لأنها لم تندرج فى ولاياتهم، ويجلب للأمصار، ولا يقام فى مصر إلا فى الفسطاط، أو بأمر واليها.

قال ابن يونس: يحضر السيد فى الخمر والفرية رجلين، وفى الزنى أربعة عدولًا.

قال مالك لعله يعتق، فيحد من شهد عليه برد شهادته، وامتنعت إقامته للسرقة لأنها ذريعة للتمثيل به ويدعى أنه سرق[٢].

ولا يحكم السيد بعلمه كالحاكم - وعنه: يجلده بعلمه؛ لعدم اتهامه فى إضراره بماله، بخلاف الحاكم، وإنما يمنع الزوج فى الأمة إذا كان حرًا، أو عبدًا لغيره؛ لأن له حقًا فى الفراش، وما يحدث من ولد، بخلاف الزوج عبد السيد.

قال أشهب: إلا أن يكون الزوج وغدا لا يلحقه عيب ذلك، وكذلك المرأة فى عبدها، وقد حدت فاطمة بنت رسول الله ﷺ مملوكها[٣].

وفى الصحيحين[٤] إِذَا زَنَتْ أَمَةُ أَحَدِكُمْ فَتَبَيَّنَ زِنَاهَا فَلْيَحدَّهَا وَلَا يُثَرِّب عَلَيْهَا... الحديث.

قال اللخمى: لا يحدها إذا كان [الزوج عبده][٥]. إلا أن يعترف بصحة الشهادة،

---

(١) فى أ: إلا الصابى.
(٢) فى أ: سوق.
(٣) أخرجه الشافعى (٢/ ٧٩) (٢٥٧)، والبغوى فى شرح السنة (٥/ ٤٧١).
(٤) أخرجه البخارى (٤/ ٤٣٢) كتاب البيوع: باب بيع العبد الزانى (٢١٥٢)، وطرفه فى (٢١٥٣ - ٢٢٣٣ - ٢٢٣٤ - ٢٥٥٥ - ٦٨٣٧ - ٦٨٣٩)، ومسلم (٣/ ١٣٢٨) كتاب الحدود: باب رجم اليهود (١٧٠٣).
(٥) فى أ: زوجها غير عبده.

ولا خلاف أن له التأديب بعلمه، وإذا قطع فى السرقة بغير بينة: عتق عليه، إلا أن يعترف العبد بالسرقة، أو أنه قطع الذى اقتص منه - قال: وأرى إن أنكر، وشهد عدل: لا يعتق؛ لأنها شبهة تنفى عنه التعدى.

قاعدة :التكاليف فى الناس قسمان: عام فى الناس: كالصلاة، وغيرها، وخاص ببعض الناس: كالحدود، والتعزيرات تختص بالولاة والقضاة؛ لأنه لولا ذلك فسد حال الرعية[1] بثوران بعضهم على بعض.

قال إمام الحرمين فى الغياثى: فإن شغر الزمان من الإمام انتقل ذلك لأعلم الناس، وأفضلهم؛ دفعًا للحرج، والفساد.

تنبيه: ووافقنا (ش)، وأحمد فى السيد، وخالفنا (ح).

لنا: ما تقدم، وقوله - عليه السلام -: «أَقِيمُوا الْحُدُودَ عَلَى مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ»[2]، ولأنه يملك تزويجه بغير قرشية، فيحده كالإمام ولأنه يؤدبه، فيحده كالإمام.

احتجوا بأنه حق لله؛ فلا يتولاه السيد بخلاف التزويج، ولأنه لا يحتاج إلى اجتهاد الإمام، وأوضاع[3] ومقادر فى العدد، والهيئة؛ فلا يستقل به السيد؛ لأنه ليس من أهل الاجتهاد، وقياسًا على الحر.

الجواب عن الأول: أنه وإن كان حقًّا لله، ففيه استصلاح العبد، وهو حق للسيد.

وعن الثانى: أنه ينتقض بتعزير السيد عبده، والزوج امرأته مع احتياجه للاجتهاد.

وعن الثالث: الفرق بأن الحر[4] لا حق له فيه.

فرع مرتب: قال فى النوادر: قال ابن القاسم: اشتراها حاملًا، فعلم أن البائع لم يحدها، فهو فى سعة ألا يحدها، فإن زنى عبده: يحده بغير السوط.

قال مالك: لا يقام الحد إلا بالسوط.

---

(١) فى أ: الرغبة.

(٢) أخرجه أبو داود حديث (٤٤٧٣)، والنسائى فى الكبرى (٧٢٦٨، ٧٢٦٩)، وأحمد (١/ ٩٥)، والدارقطنى (٣/ ١٥٨)، والبيهقى (٨/ ٢٢٩) وبنحوه عند مسلم (٣/ ١٣٣٠) حديث (٣٤/ ١٧٠٥).

(٣) فى أ: وأرضاع.

(٤) فى أ: الحد.

قال ابن القاسم: قال مالك: إن ضربه بالدرة على ظهره أجزأه، وما هو بالبين.

قال: الحدود كلها تعلن، والناس فيها كلها سواء؛ خلافًا لـ (ح) فى قوله: فى الزنى أشد؛ لأن مفسدته أعظم.

جوابه: أن زيادة العدد قبالة زيادة المفسدة.

قال ابن عبد الحكم: يستحب أن يقام قدام القاضى؛ لئلا يتعدى فيه، ويختار للجلد الرجل العدل؛ لئلا يشتد فى الضرب، أو يرخى، قاله مالك.

وعن مالك: يخفف فى حد الخمر للخلاف فيه.

وفى الجلاب: ينبغى للإمام إحضار حد الزنى طائفة من المؤمنين الأحرار العدول: أربعة فصاعدًا، وكذلك السيد فى عبده وأمته؛ لقوله - تعالى - ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢].

[الطرف الرابع][(١)]: التغريب، وأصله: قوله - عليه السلام - «الثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ رَجْمٌ بِالْحِجَارَةِ، وَالْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ، وَتَغْرِيبُ عَامٍ[(٢)]».

وفى الكتاب: لا تغرب النساء، والعبيد، وينفى الحر فى الزنى، ويبقى فى الموضع الذى ينفى إليه سنة، وفى الحرابة حتى تعرف توبته، ووافقنا (ح)، و أحمد.

وقال (ش): تغرب النساء، وله فى الإماء والعبيد قولان.

لنا: ما فى الصحيحين: قال - عليه السلام - لما سئل عن الأمة إذا زنت لم تحصن - فقال - عليه السلام - «إِذَا زَنَتْ فَاجْلِدُوهَا ثُمَّ إِنْ زَنَتْ فَاجْلِدُوهَا ثُمَّ إِنْ زَنَتْ فَاجْلِدُوهَا ثُمَّ إِنْ زَنَتْ فَبِيعُوهَا وَلَوْ بِضَفِيرٍ»[(٣)] - ولو كان تغريب لذكره - عليه السلام - لأن جوابه تمهيد قاعدة وتأسيس حكم لا يترك من شأنه شيئًا، وفى النساء معهن قوله - تعالى - ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] ولم يذكر تغريبًا، أجمعنا على تخصيصه بالمحصن من الأحرار بقى حجة فى غيره ولأن التغريب فى الرجل، لينقطع عن معاشه وتلحقه الذلة بغير بلده، والمرأة لا معيشة لها، ويجب حفظها، وضبطها عن الفساد، وفى تغريبها إعانة على فسادها، وتعريضها للزنى، وفى الرقيق حقوق السادات فى الخدمة، فيتأذى بالتغريب غير

---

(١) بياض فى أ.
(٢) تقدم.
(٣) تقدم.

الجانى.

احتجوا بحديث «الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مَائَة وَتَغْرِيبُ عَامٍ». وهو عام.

والجواب أنه مخصوص بما ذكرنا، ولأن المرأة إن غُربت مع محرم؛ غرب من ليس بزانٍ أو مع غير ذى محرم؛ خولف قوله -عليه السلام - «لَا تُسَافِرِ الْمَرْأَةُ إِلَّا مَعَ ذِى مَحرمٍ»(١) ومنع (ح) التغريب مطلقًا.

لنا عليه الحديث المتقدم، [احتج](٢) بأن القرآن أثبت الحدود بغير تغريب، فلو ثبت التغريب بالسنة لكان زيادة على النص، والزيادة على النص نسخ، ونسخ القرآن بالسنة غير جائز. والجواب منع أن الزيادة نسخ.

وفى النكت: إنما فرق بين الزنى والحرابة؛ لأن المحارب جاهر بالظلم وعظم ضرره، فاشترطت توبته بخلاف الزانى.

وتحسب السنة من يوم حبس، ونفقة حمله، وحمل المحارب، وحبسهما على أنفسهما، فإن أعدما: فبيت المال.

قال ابن يونس: قال مالك: كان ينفى عندنا إلى فدك وخيبر، ونفى رسول الله ﷺ المخنثين قال :وهو رأى.

قال محمد: إلى الموضع القريب، ولا يحبس ويترك اليوم بعد الأيام للمسألة، والمعاش.

وقال اللخمى: كل من فيه بقية رق كأم الولد ونحوها.

وفى المنتقى: عن مالك: ينفى من مصر إلى الحجاز.

قال ابن القاسم: من مصر إلى أسوان، ودون ذلك حيث يثبت له حكم الاغتراب، ولا يكثر البعد، لئلا يتعذر وصول منفعة ماله وأهله إليه، ويكتب إلى والى البلد بسجنه سنة عنده، ويؤرخ يوم سجنه، قاله ابن القاسم.

وفى الجواهر: إن عاد المغرب أخرجناه ثانيًا.

الجناية الرابعة: القذف.

---

(١) أخرجه البخارى (٣/ ٧٠) كتاب الصلاة فى مسجدى مكة والمدينة: باب مسجد بيت المقدس (١١٩٧)، ومسلم (٢/ ٩٧٦) كتاب الحج: باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وعمرة (٤١٥و ٤١٦/ ٨٢٧) من حديث أبى سعيد الخدرى.

(٢) بياض فى أ.

وأصله: الرجم بالحجارة ونحوها، ثم يستعمل -مجازًا- في الرجم بالمكاره، فمن الحقيقة قوله - تعالى - ﴿وَيُقْذَفُونَ مِن كُلِّ جَانِبٍ دُحُورًا﴾ [الصافات: ٨] وفيه ستة أبواب:

* * *

الباب الأول

فى ألفاظه

وهى قسمان: قذف ونفى، وكلاهما قسمان:

صريح وكناية، فهذه أربعة فصول.

الفصل الأول: فى صريح القذف : وهو الرمى بالزنا، أو اللواط.

قال بعض العلماء: يجب الحد بذلك دون الرمى بما [هو أعظم][(١)] منه، من القتل، والكفر؛ لأنه لا يقدر أن يقيم بينة على عدم الزنى فى الزنى الماضى، وليس بشىء لأنه مشترك الإلزام، فلا يقدر على إثبات نفى القتل، فى الزمن الماضى، إلا أن يقول: يقدر بأن يثبت أنه كان حيًا فى ذلك الوقت، فيقال له: وكذلك يثبت أنها كانت فى بلد آخر غير الذى قذفه بالزنى به، إن قيده كما قيد القتل، وإن تعذر فى الفصلين: فالحاصل أن تعيين هذين للقذف دون غيرهما يحتاج إلى نظر.

وفى الكتاب: إذا رماه بلواط أو زنى: حد - أو بهيمة أدب؛ لأن آتى البهيمة لا يحد.

وإن قذفهما ثم أقام بينة أنهما زنيا حالة الصبا، أو الكفر: حد؛ لأن هذا ليس بزنى وإن قال لهما وقد عتقا: زنيتما حال رقكما، أو قال: يا زانيًا، ثم أقام بينة بزناه حالة رقه: لم يحد؛ لأنه فى الرق زنى - فإن لم يقم بينة: حد لكذبه ظاهرًا، ومن رمى واطئ أمة يلحقه بذلك النسب، أو امرأته حائضًا: حد القاذف؛ لأن هذا ليس بزنى، وإن قال لامرأة: يا زانية، فقالت: بك زنيت: حدت للزنى وللقذف للاعتراف إلا أن ترجع، فتحد للقذف، ولا يحد الرجل؛ لأنها صدقته، أو قال: يا ابن الزانية، وقال: أردت جدة له لأمه، وقد عرفت بذلك: حلف ما أراد غيرها، ويعزر للأذية، ولا يحد؛ لأن المقول له يصدق عليه أنه ابن جدته، وكل من أذى زانية نكل.

قال ابن يونس: إن قال: يا لوطى[(٢)]، أو يا فاعل فعل قوم لوط: حد، وليس للقاذف تحليف المقذوف ما زنى، وإن علم المقذوف من نفسه أنه زنى فحلال له أن

---

(١) فى أ: خف أحكم.
(٢) فى أ: موتى.

يحده لأنه أفسد عرضه.

قال أشهب: إن قال: زنيت فى صغرك، أو رقك فى غير مشاتمة: لم يحد، وإلا حد إلا أن يقيم بينة، وإن قال: زنيت مستكرهًا[(١)]. حد إلا أن يقيم بينة.

وفى الموازية: يحد، وإن أقام بينة؛ لأنها ليست بذلك زانية - ومن قذف مستكرهة: حد، وإن قال كنت فى نصرانيتك قذفتك بالزنى: فإن كان إنما سألها العفو، أو أخبر به على وجه الندم: لم يحد، وإن لم يعلم له [عذر][(٢)]: حد.

وقال أشهب: إن قال فى مشاتمة: حد، وإلا فلا؛ لعدم النكاية بذلك، وإن وطئ أمة له مجوسية، فقذفه أحد بالزنى: حد؛ لأنه لا يحد من وطء المجوسية، وإن قال لمجنون حال جنونه: يا زان: حد.

قال محمد: إلا أن يكون مجنونًا من الصغر إلى الكبر لم يفق؛ لأنه لا يلحقه اسم الزنى حينئذ، وإذا قال: يا زانية، فقالت: بك زنيت: قال أشهب: لا تحد، إن قالت: إنما أردت المجاوبة دون القذف والإقرار بالزنى، فيجلد الرجل، ولا تجلد هى لزنى، ولا قذف.

وقال أصبغ: يحد كل واحد لصاحبه، وإن قالت ذلك؛ لأن كل واحد قاذف الآخر لا مصدق له.

وعن ابن القاسم: إن قال ذلك لامرأته، فقالت له: بك زنيت: لا شىء عليها؛ لأنها تقول: أردت إصابته إياى بالنكاح، أى: إن كنت زنيت فبك ولا حد عليه هو، ولا لعان.

وإن قال له: يا زان، فقال له الآخر: أنت أزنى منى: فعليهما الحد.

وفى الجواهر: قال أصبغ: أزنى منى إقرار بالزنى، ومحمله محمل الرد لما قاله.

وفى النوادر: يا ذا الذى تزعم المرأة أنه اغتصبها، أو الصبى أنه نكحه: إن قاله فى مشاتمة: حد، وزنى فرجك أو دبرك: يحد، وإن قال: من يقول كذا: فهو ابن زانية، فيقول رجل: أنا قلته: فإن قامت بينة أنه قاله: حد له، وإلا فلا، قاله ابن القاسم.

---

(١) فى أ: مستكرهة.
(٢) سقط فى أ.

قال مالك: إن لم يكن فلان أصلح منك، فأنت ابن زانية: إن أقام بينة: أنه أصلح منه: نكل للأذية، وإلا حد للقذف.

قال سحنون: إن قال: لم يكن عبدى خيرًا منك، فأنت ابن عشرة آلاف زانية: حد؛ لأن العبد لا يكون خيرًا من الحر.

وفى الموازية: يا ذا الذى جده نصرانى: فقال: إن كان جدى نصرانيًا، فأنت ابن زانية، فوجد جده نصرانيًا: حلف أنه أراده، ويؤدب.

قال عبد الملك: من شهد عَلىّ فهو ابن زانية، فشهد عليه رجل: حد القائل.

قال مالك: إن قال قبل أن يرميه أحد: من رمانى منكم، فهو ابن الزانية: فرماه أحدهم: لم يحد، ويعزر. وكذلك من لبس ثوبى، أو ركب دابتى، يريد: من فعله فى المستقبل، وإن أراد: من قد كان فعله قبل قوله: حد، وإن كان قذفه بها لم يفعل مستقبلًا ما لا يملك المقذوف منعه[1] منه، فإنه يحد، قبل الفعل إن كان من الأمور العامة: كدخول المسجد، والحمام، وإن كان خاصًا: كركوب دابة: فلا يحد حتى يفعل أحد ذلك.

فرع: فى الجواهر: [إن قال للرجل][2] يا زانية بالتاء، وللمرأة بغير تاء: حد.

إن قال: زنى فرجك، أو عينك، أو يدك: حد عند ابن القاسم.

وقال أشهب: لا يحد؛ لأنه كذب إلا على وجه المجاز.

الفصل الثانى: فى التعريض بالقذف.

قاعدة: الصريح فى كل باب ما يتعين له وضعًا، والكناية ما يحتمله مع غيره.

وفى الكتاب: إن قال: يا مخنث: حد، إلا أن يحلف ما أراد قذفًا، فيؤدب.

قال ابن يونس: قال غيره: هذا إن كان فى كلامه، أو عمله، أو بدنه توضيع، وإلا حد، ولم يحلف [لاشتهاره فى الفاحشة][3]، وأصل التخنس - الميل، وقد يكون صاحبه متقيًا، ومنه: المخنث الذى يدخل على بيت رسول الله ﷺ[4].

---

(١) فى أ: منع.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: لإشهارى الفاحشة.
(٤) أخرجه البخارى (١٠/٣٤٦) فى كتاب اللباس: باب إخراج المتشبهين بالنساء عن البيوت (٥٨٨٧)، ومسلم (٤/١٧١٦) فى كتاب السلام: باب منع المخنث من الدخول على النساء (٣٣/٢١٨١) عن عائشة.

ونحته الصانئة.

فى الكتاب: يا فاجر، أو يا فاسق أو يا ابن الفاجرة، أو الفاسقة: حد، أو يا خبيث: حلف ما أراد قذفًا؛ لقلة ظهوره فى القذف، فإن لم يحلف: سجن حتى، يحلف، فإن طال سجنه: نكل على حسب حاله: المعروف بالأذية[1] يبالغ فى عقوبته، والفاضل ذو المروءة: يتجافى[2] عن حقيقته ويخفف فى أدب عظيمة، ويا فاجر بفلانة: يحد إلا أن يقيم بينة[3] على أمر صنعه معها فى الفجور: كجحد مال، ونحوه، ويحلف ما أراد إلا ذلك؛ لأنه يحتمل جامعت فلانة، وإن قال: باضعتها حرامًا، أو وطئتها، وقال: أردت: تزوجتها تزويجا حرامًا، أو قال ذلك عن نفسه، وطالبته المرأة: حد، إلا أن يقيم بينة على مراده، ويحلف ما أراد إلا ذلك، وكنت وطئت أمك، وقال: أردت النكاح: إن أتى ببينة أنه تزوجها: لم يحد، وإلا حد، إن قال له: ما أنا بزان، أو أخبرت أنك زان: حد، أو أشهدنى فلان أنك زان: حد، إلا أن يقيم بينة على قول فلان، وكذلك يقول لك فلان: يا زانِ - أو جامعتها بين فخذيها، أو أعكانها: حد.

وقال الأئمة: لا حد فى التعريض، غير أن مالك قال: يحد به إن نوى به القذف، كسائر الكنايات فى الطلاق، وغيره.

لنا: قوله - تعالى - عن قول [قوم] شعيب: ﴿إِنَّكَ لَأَنتَ ٱلۡحَلِيمُ ٱلرَّشِيدُ﴾ [هود:٨٧] ومرادهم ضد ذلك، وهو كثير فى القرآن.

وفى الموطأ: رجلين استبا على عهد عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - فقال أحدهما: والله، ما أبى بزان ولا أمى بزانية، فاستشار عمر بن الخطاب - فقال قائلون: مدح أباه وأمه، وقال آخرون: قد كان لأبيه وأمه مدح غير هذا، فجلده عمر ثمانين، وقال: حمى الله لا ترعى حواليه، ولأنه يفهم القذف، فيحدث به كالصريح.

احتجوا بأنه يحتمل القذف، وغيره، فلا يوجب، كما إذا قال: اسقنى ماء وقال: أردت القذف، وهذا أبلغ؛ لأنه صرح بإرادته القذف، ولأنه لما احتمل الأمر وجب أن يرجح لفظ على الموجب، كالأمة المشتركة، وهذا أولى للقطع بوجود

(١) فى أ: بالأذى.
(٢) فى أ: سحاما.
(٣) فى أ: يفهم.

الموجب، وهو النصيب الذى ليس بمشترك، ومع ذلك سقط الحد، ولأنه تعريض، فوجب ألا يلحق بالتصريح، كالخطبة فى العدة، ولأنه لا يكون قذفًا مع عدم القرائن، كقوله أنت جميلة وأديبة.

والجواب عن الأول: أن القرائن مع اللفظ تصيره كالصريح، بخلاف مجرد النية؛ لذلك تقول العرب: رب إشارة أفصح[1] من عبارة، والتعريض عندهم أبلغ موقعًا.

وعن الثانى: الفرق بأن القرائن تنفى الاحتمال الآخر، فيصير كوطء الأجنبية.

وعن الثالث: أن هذا الباب أحرج؛ لأنه لو أراد بالتعريض القذف حرم إجماعًا ولو أراد النكاح عين الخ.

وعن الرابع: منع الحكم إذا صيرته القرائن تصريحًا فى القذف، وإلا فعدم القرائن يعنى الفرق.

قال ابن يونس فى الموازية: القائل: يا قرنان لرجل: جلد لزوجته؛ لأنه عند الناس: من امرأته تفجر.

قال ابن القاسم: وقال يحيى بن عمر: لا يحد، ويجلد عشرين، ويأمر آخر.

وقال أشهب: يحد، قال يحيى بن عمر: يا قحبة؛ لأن العرب كانت تدعو على الفاجرة بالقحاب، [والهرفاء][2] أى السفال، والقبح فى الدابة، حتى صارت الفاجرة تسمى قحبة؛ لغلبة الاستعمال، ويا مأبونة: قال عبد الملك: يحد؛ لأنه من الأبنة، وهى داء فى الدبر يبعث على طلب ما يحك به ذلك الموضع، وإن اشتهر فى اللواط فى المفعول به.

وإن قال له: يابن الزانية: فقال له: أمك شر منها: فى الموازية: يحدان، أو يا أحمق: فقال الآخر: أحمقنا ابن الزانية: يحد، وعن ابن القاسم فى: يا فاجر بفلانة: يحلف ما أراد قذفًا، وكذلك: يا خبيث، ويا ولد إيش: قال ابن القاسم: يحد، ويا ابن الفاسقة، والفاجر[3]: يحلف، فإن امتنع سجن، وإن طال سجنه، ولم يحلف: أدب، وخلى.

وقال عبد الملك: فى هذا كله [النكال حد][4]، ويا مؤنث، وفى كلامه لين:

(١) فى أ: أفضح.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: وخفرة.
(٤) فى أ: إن نكل حد.

حلف، وأدب.

وقال أشهب: يحد في: زنى فرجك، دون: زنت رجلاك، ويابن منزلة الركبان: يحد؛ لأن المرأة في الجاهلية كانت إذا طلبت الفاحشة أنزلت الركبان، وكذلك: يا ابن ذات الراية؛ لأن في الجاهلية كانت على باب البغية راية.

تنبيه: ضبط هذا الباب الاشتهارات العرفية، أو القرائن الحالية، فمتى فقدا أحلف، أو وجد أحدهما: حد، وإن انتقل العرف: فيقال: الأصل: الحد - ويختلف ذلك بحسب الأعصار، والأمصار، فهذا يظهر أن ذات الراية، ومنزلة الركبان لا يوجب حدًا، وأنه إن اشتهر لفظ أحدهما لا يوجب حدًا إلا في القذف أوجب الحد.

فرع: وفي النوادر: قال ابن القاسم: إن قال: رأيت فلانًا مع فلانة في بيت، أو على بطنها، أو قال: في لحاف، أو قال: رأيتك تطلب امرأة في إثرها، أو تقبلها، أو اقتحمت عليها بيتها، أو في مقعد الرجل من المرأة: لا يحد، بل يؤدب؛ لأن ذلك لا يتوقف على الزنى، ويحلف ما أراد قذفًا.

أو قال لامرأته: قد سرحتك من زنى: حد، ولا طلاق عليه.

قال مطرف: إن قال: كيف تكلمني وأنا نكحت أمك، وكانت زوجتي: قال مالك: إن لم يقم بينة أنه تزوجها: حد للقذف، وقال عبد الملك: لا يحد؛ لأنه لو أقام شاهدين بالزواج كفاه، ولو كان قذفا لم يجرح إلا بأربعة، ولو كان في غير منازعة: لم يحد، وإن قذفه رجل، فشكاه، ثم خاصم آخر، فقال له: سمعت فلانًا يقول لك: يا زان، فمالك اشتكيته؟ أي: موجدة عليك: فيحد.

فرع: قال: قال مالك: لا يحد الأب بالتعريض، بل بالتصريح، كالقصد في القتل، ويجوز عفوه عن القذف، وإن لم يرد سترا عند الإمام.

وقال أصبغ لا يحد الأب أصلًا؛ لعظيم حقه، وقاله (ش)، و(ح).

وفي المنتقى: وإن حده: أسقطنا عدالة الابن؛ لأنه عقوق.

وإن قال لولده: لست ابني: فطلبت الأم، أو الولد من غيره الحد؛ لقذف الأم، وقد كان فارقها: فعفا ولده: قال مالك: يحلف ما أراد قذفًا، بل لو كان ولدي ما كان يصنع ما صنع قال: وهذا يقتضي الحد إن لم يحلف، وأنه لا يسقط بعفو بعض الولد إذا قام البعض فالحد، وغيره لا يلحق بالأب، بل يحدون ولا يعذرون في

الشتم - إن كان على وجه الأدب.

قال ابن القاسم، وأشهب: يجوز عفوه عن جده لأبيه، وإن بلغ الإمام - دون جده لأمه؛ لأنه لا يدلى فى الميراث بهما، وقال عبد الملك: يجوز عفوه عن أمه، وإن لم يرد سترًا؛ لأن الإشفاق قد يحمله عند رؤيتها على الاعتراف بالزنى.

فرع: فى الجواهر: يا بغل يوجب الحد، وإن قال لنفسه: أنا بغل: حد؛ لأنه قذف أمه.

الفصل الثالث: فى صريح اللفظ والنفى.

النفى عندنا: موجب للحد، وقاله أحمد.

وقال (ش)، و (ح): إذا قال العربى: يا قبطى، وقال أردت: قبطى اللسان، أو الدار؛ لأنه نشأ فيها: صدق بعد يمينه، أو قال: أردت أنه ليس من أبيه: حد، إن كانت أمه محصنة يحد قاذفها، وإلا فلا؛ لأن الله - تعالى - جعل سبب الحد فى القذف الزنى فى المحصن؛ لقوله - تعالى - ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ٱلۡغَٰفِلَٰتِ﴾ [النور: ٢٣].

لنا: قوله - عليه السلام - «لا أوتى برجل يقول أن كنانة ليست من قريش إلا جلدته»[1]، وعن عبد الله بن مسعود - رضى الله عنه - لا حد إلا فى اثنين: قذف محصنة أو نفى رجل من أبيه، ولا يقول هذا إلا توقيفًا، وعلل صاحب المنتقى وغيره بأن النفى قذف، وهو يبطل بأن الأم قد تكون لا يحد قاذفها، وقد تكون مجهولة.

وفى الكتاب: إن قال لمسلم: لست لأبيك، وأبواه نصرانيان: حد، وكذلك إن قال: لست ابن فلان لجده، وجد أمه كافر، أو لرجل من ولد عمر بن الخطاب: لست ابن الخطاب، وإن قال: ليس أبوك الكافر ابن أبيه: لم يحد، حتى يقوله لمسلم؛ لأن الكافر لا يحد له، وإن قال: لست ابن فلان لجده، وقال: أردت: لست ابنه لصلب: حد، وإن قال: أنت ابن فلان، نسبه لجده فى مشاتمة أو غيرها: لم يحد، وكذلك إن نسبه إلى جده لأمه؛ لأنه كالأب يحرم عليه ما نكح، فإن نسبه إلى عمه، أو خاله، أو زوج أمه: حد.

---

(١) روى موقوفًا من طريق الأشعث بن قيس: أخرجه أحمد فى المسند (٥/ ٢١١)، وابن ماجه فى السنن حديث (٢٦١٢).

وإن قال لعربي: لست من بني فلان، لقبيلته التي هو منها: حد، وإن كان مولى: لم يحد، بعد أن يحلف ما أراد نفيا، أو قال لعربي: يا قبطي: حد، وإن قاله لمولى: حلف ما أراد نفيًا أو قال لعربي: يا قبطي، حد، وإن قاله لمولى حلف].[1] ونكل، وإن نكل: لم يحد ونكل.

وفي النكت يجب الحد بالنفي [كان الأبوان كافرين، أو عبدين، قال مالك وأصحابه: فإن عفا وأبواه عبدان أو كافران نفذ][2] عفوه، أو مسلمان حران: فلهما القيام بالحد. وكذلك إن كان أبوه[3] مسلمًا وأمه نصرانية، أو أمة فله القيام؛ لأنه حمل أباه على غير أمه بنسبه للزنى، أو انعكس الحال بين الأبوين: قامت الأم بالحد؛ لأنه نسبها إلى الزنى، وإن قال ذلك لعبد: لا يحد له، وأبواه عبدان، أو كافران: لم يحد، وأبواه حران مسلمان: حد.

وكذلك إن كانت الأم حرة مسلمة، والأب عبد؛ لأنه رمى أمه أو أمة أمه، أو كافرة وأبوه مسلم: حد، قاله ابن القاسم.

وقال أشهب: لا حد في نفي العبد، قال ابن يونس في الموازية: يا ولد زنى، أو أنت لزنية[4]، أو ولد زنية: حد، وإن كانت مملوكة، أو مشركة. بخلاف: يا ابن الزاني، أو الزانية إن كانا عبدين، أو كافرين؛ لأن هذا قذف لهما، والأول نفي، وإن قال: لست ولد فلان لجده؛ وقال: أردت: لست لصلبه: حد كان جده مسلما أم لا.

قال أشهب: هذا إذا كان ولادة جده في الإسلام، ولم يكن مجهولًا، وكذلك إذا نفاه عن أبيه دنية؛ لأن المجهولين لا يثبت نسبهم، ولا يتوارثون بها، وإن كان من العرب: حد، وإن كان ولادة أبيه، أو جده في الجاهلية، وولد المقول له في الإسلام.

وإن قال: لست من موالي فلان، وهو منهم: حد، وكذلك: لست من الموالي، وله أب معتق، بخلاف: لست مولى لفلان وفلان قد أعتقه؛ لأنه لم ينفه من نسب،

---

(١) سقط في ط.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: أبيه.
(٤) في أ: لمزنية.

ولست ابن فلان، وأمه أم ولد: حد. ولست [يابن فلانة: لا يحد][1]؛ لأنه معلوم الولادة منها، فلم يؤثر ذلك فى عرضه.

وإن قال لعبده، وأبواه حران مسلمان: لست لأبيك: حد السيد، فإن ماتا ولم يرثهما أحد أو ورثهما غيره: فله حد سيده.

الفصل الرابع: فى التعريب بالنفى.

فى الكتاب: إن قال لعربى: يا فارسى، أو نحوه: حد، أو قال: يابن الأقطع، واختلف عن مالك فى القائل لبربرى أو رومى: يا حبشى هل عليه الحد أم لا؟ قال ابن القاسم: وأرى عدم الحد، إلا أن يقول له: يا ابن الأسود، وليس فى آبائه أسود، وإن قال لفارسى: يا عربى: لم يحد، أو لعربى: يا فارسى، أو لمصرى: يا يمانى، أو لعبسى: يا كلبى: حد؛ لأن العرب تنسب إلى آبائها، وهذا نفى لها.

أو قال: يا ابن الأعجمى، وليس أحد من آبائه كذلك: حد، أو يا ابن الحجام، أو الخياط، وهو من العرب: جلد الحد، إلا أن يكون ذلك فى آبائه، أو من الموالى: حلف ما أراد قطع نسبه؛ لأن هذه الصفات فى الموالى أكثر من العرب، ويا ابن المطوق، يعنى الراية التى تجعل فى الأعناق: لا يحد فى الموالى دون الأعراب؛ لأن هذه الأعمال أعمال الموالى، وإن قال: يا يهودى: لم يحد، بخلاف يا ابن اليهودى، إلا أن يكون من آبائه يهودى. قال ابن يونس: يا ابن البربرية، وأمه عربية، قال عبد الملك: لا يحد؛ لأنه لا نفى على الأم، وقال مطرف: يحد، إلا أن يسميها باسمها؛ لأنه نفى أمه من ابنها، وسواء قال لرومى: يا حبشى، أو يا ابن الحبشى: لا يحد، ويحلف ما أراد نفيه.

ولمالك فى الحد قولان.

وفى النوادر: [إن قال لمولى: ليس فلان أعتق أباك، وهو الذى أعتقه: حد؛ لأنه نفاه عنه أنه عتيق هذا][2] وإن قال الأب: ليس فلان أعتقك لم يحد.

وقال ابن وهب: لا يحد فيهما؛ لأنه نفى عتقًا لا نسبًا، ويعاقب.

وفى الجواهر: وإن قال: ما لك أصل، ولا فصل، فعن ابن القاسم: لا يحد.

---

(١) فى أ: يابن فلانة ؛ فلأنه لا يحد.
(٢) سقط فى أ.

وقال أصبغ: يحد؛ بناء على قوله: أنه أراد النفى أوالشتم، وقيل إلا أن يكون من العرب: فعليه الحد، وإن قال لابن أمة، أوكتابية: يا ابن الزانية: لم يحد، أو يا ابن زنية: حد - والفرق: أن الثانى نفى نسب بإضافته إلى فعل لا يلحق الولد فيه، والأول قذف لأمه - وإن قال مولى لعربى: أنا خير منك: حد، وكذلك لو قاله أحد ابنى عم لصاحبه، قال أبو إسحاق: فى المسألتين - اختلاف، وبهذا أقول.

* * *

الباب الثانى

فى أحكام القذف

وفى التنبيهات: للحد عشرة شروط: ستة فى المقذوف، وأربعة فى القاذف.

أن يكون المقذوف عاقلًا مسلمًا حرًا بالغًا للتكليف، إن كان ذكرًا، أو قدر الوطء إن كان أنثى، وإن لم تبلغ التكليف، وفيه خلاف، برىء من الفاحشة التى قذف بها معه إليها، وأن يكون القاذف عاقلًا بالغًا، صرح بالقذف، أو عرض به، يمكن إقامة الحد عليه لصحته.

وفى الجواهر: يحد المحصن: وهو الذى اجتمعت شروطه منها العفة ومعناها: ألا يكون معروفًا بالقيان[1]، ومواضع الفساد، والزنى.

ولا يسقط الحد كونه معروفًا بالظلم، والغصب، والسرقة، وشرب الخمر، وأكل الربا.

ويسقط الإحصان كل وطء يوجب الحد، بخلاف الذى لا يوجبه: كوطء الأمة المشتركة والمحرمة بالرضاع، ونحوه، وكذلك وطء الشبهة، أو فى الصبا.

ويسقط إحصان المقذوف بالوطء الطارئ بعد القذف؛ وقاله (ش)، و(ح): أن الشروط يعتبر استدامتها إلى حالة إقامة الحد؛ لأنه لو ارتد لم يقم الحد، ولأن طروءه ينبه أنه تقدم منه.

وقال أحمد: لا يسقط، كما لو زنى بأمة، ثم اشتراها، أو سرق عينا فنقصت قيمتها، أو ملكه، ومنع استدامة الشروط إلا إلى حين توجه الحد، ومتى سقط الإحصان بالزنى مرة لم يعد بالعدالة بعده.

وروى عبد الملك: إن قذف من حد بالزنى بعد أن حسنت توبته: لم يحد.

تنبيه: وينبغى أن يزاد فى شروط المقذوف: أن يكون معروفًا، فإن المجهول لا يحد له لكن ترك؛ لأن تلك الشروط لا تعلم إلا فى معروف، وكون الإحصان لا يعود بعد العدالة نقله صاحب النوادر وغيره.

ومستنده: أن المراد بالعفاف: العفاف المطلق؛ بدليل قوله -تعالى -:

---

(١) فى أ: بالعناق.

﴿ٱلْغَٰفِلَٰتِ﴾ [النور: ٢٣] أى اللاتى لم يخطر لهن الفساد، ولا يشعرن به قط، فتحمل الآية الأخرى على هذه؛ لأنها مطلقة، وتلك مقيدة وهى قوله - تعالى - ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور: ٤]، وهذا قد اشتهر بالزنى وفعله، فلا يكون ممن يحد له، والأصل: عدم الحد، بل يؤدب على القاعدة.

وأصل هذا الباب: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْغَٰفِلَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ لُعِنُوا۟ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [النور: ٢٣] . وللإحصان فى القرآن أربعة معان: العفاف، وهو المراد بهذه الآية، والثانى الزوجات فى قوله - تعالى - ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، وقوله -تعالى - ﴿مُحْصَنَٰتٍ غَيْرَ مُسَٰفِحَٰتٍ﴾ [النساء: ٢٥]، والثالث: الحرية، فى قوله - تعالى - ﴿فَإِذَآ أُحْصِنَّ﴾ [النساء: ٢٥] ووافقنا الأئمة على شروط الإحصان، غير أنهم قالوا: لا بد من البلوغ قياسًا على العقل، ولم يخالف فى العبد إلا داود.

لنا: أنه قاصر عن رتبة الإجماع، فلا ينهض للحد، وقوله - عليه السلام -: «مَنْ أَشْرَكَ بِالله فَلَيْسَ بِمُحْصِنٍ»[(١)] والرق من جرائر، والأصل: بقاء عدم الاعتبار، وأما شرائط القاذف، فلأن العقوبة تعتمد التكليف، والقدرة على الوفاء بما وجب عليه.

[نظائر][(٢)]: قال صاحب الخصال: عشرة لا حد على قاذفهم: الصبى، والعبد، والأمة، والذمى، والذمية، والمحدود فى الزنى، والمرجوم فى الزنى والمنبوذ، ومن ليس معه متاع الزنى والولد يقذفه والده استبعد مالك حده.

فرع: فى الكتاب: المشهود عليه بالقذف [عليه] إقامة بينة أربعة بأن المقذوف زنى، فيسقط عنه الحد؛ لانخرام الإحصان وعدم الكذب عليه.

[فرع:][(٣)] قال: ويحد الذمى للمسلم ثمانين؛ لأنه من باب العلم، فيقام عليه بخلاف الزنى.

قال: ليس للقاذف تحليف المقذوف أنه زنى، وإن علم من نفسه أنه زنى جاز له حده؛ لأن الستر مأمور به.

فرع: قال: إذا شهد عليه رجل: أنه قذفه يوم الخميس، وآخر أنه قذفه يوم

(١) تقدم.
(٢) بياض فى أ.
(٣) سقط فى أ.

الجمعة: حد كالطلاق، والعتاق.

فرع: لقذف الجماعة فى مجلس واحد أو مجالس: حد واحد إن قام به واحد سقط كل قذف قبله قاله (ح).

وقال (ش): إن قذفهم بكلمات متفرقة: فعليه لكل واحد حد، وقاله أحمد، أو بكلمة واحدة: فقولان عند (ش)، وأحمد، وبناها الحنفية على أنه حق لله -تعالى- فصح التداخل، وبناها الآخرون على أنها حق لآدمى، فصح التعدد، ويلزمه أن يكون عندنا قولان؛ بناء على أنه حق الله - تعالى - أم لا.

وقد حكاه العبدى فى نظائره، واللخمى وغيره.

لنا: أن هلال بن أمية العجلانى رمى امرأته بشريك بن سمحاء، فقال له النبى ﷺ «حد فى ظهرك، أو تلتعن»، فلم يقل: حدان، وجلد عمر - رضى الله عنه - الشهود على المغيرة بالزنى حدًا واحدًا لكل واحد، مع أن كل واحد قذف المغيرة والمؤتى بها، «وجلد رسول الله ﷺ قذفة عائشة ثمانين ثمانين منهم حسان»[1]، رواه أبو داود، مع أنهم قذفوا عائشة وصفوان بن المعطل، وقياسًا على الزنى، ولأنه لو قذف ألفًا لمات قبل إقامة الحدود، وقد يسقط بالشبهة كما تسقط سائر الحدود فتتداخل مثلها.

احتجوا بأنه قذف جماعة، فلا تداخل كما لو قذف زوجاته الأربع، لاعن أربع لعانات، ولأنه حق لآدمى، فلا يقاس على الحدود، ولأنها لا تسقط بالرجوع، فلا تداخل، كالإقرار بالمال.

والجواب عن الأول: أنه أيمان والأيمان لا تتداخل، بخلاف الحدود.

وعن الثانى بأنه[2] لا يتكرر فى الشخص، فلو غلب فيه حق الآدمى[3] لتكرر فيه كتكرر الإتلاف.

وعن الثالث: أن الإقرار لا يتداخل فى المتباينات، ولو قال له: يا لائط يا زانٍ، تداخل.

[قاعدة:][4] مقابلة الجمع بالجمع فى اللغة: تارة تتوزع الأفراد على الأفراد:

(١) أخرجه أحمد (٦/ ٣٥و ٦١)، وأبو داود (٤٤٧٤) (٤٤٧٥)، وابن ماجه (٢٥٦٧)، والترمذى (٣١٨١) عن عائشة.
(٢) فى أ: فإنه.
(٣) فى أ: الآمدى.
(٤) سقط فى أ.

نحو الدنانير للورثة، وتارة يثبت أحد الجمعين لكل فرد من الجمع الآخر نحو الثمانون جلدة للقذفة، وتارة يثبت الجمع ولا يحكم على الأفراد، نحو: الحدود للجنايات، إذا قصد أن المجموع للمجموع، وإذا اختلفت أحوال المقابلة: بطل كونه حقيقة فى أحدهما؛ لئلا يلزم الاشتراك والمجاز، ويطل تخيل من اعتقد أن قوله - تعالى - ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ يقتضى: أن قذف الجماعة له حد واحد؛ لأنه قابل الذين - وهو جمع - بالمحصنات - وهو جمع - فيحصل: أن الجميع إذا رمى الجميع يجب ثمانون فقط.

خالفنا ذلك فى قذف الجمع للجمع، والواحد يبقى على مقتضاه فى قذف الواحد للجمع، قاله الطرطوشى وغيره فيمنع كون ذلك مقتضاه.

نظائر: قال العبدى: التسوية بين الواحد والجمع، والقليل والكثير فى تسع مسائل: من قذف رجلًا: فعليه حد، أو جماعة: فحد، وقيل: يتعدد، وصاع فى المصراة الواحدة والجمع، وقيل: يتعدد، والحالف بنحر ولده: فعليه هدى، وكذلك الجمع، وقيل: يتعدد الهدى، ومؤخر قضاء رمضان سنة، عليه كفارة واحدة وكذلك السنون، والواطئ فى رمضان مرة، أو مرارًا سواء، والحلف إذا تكرر، كالمرة الواحدة: كفارة واحدة، والمتطيب فى الحج مرة: عليه الفدية، وكذلك المرار إذا اتحد السبب، والحالف بصدقة ماله مرة، أو مرارًا: عليه الثلث، ويغسل الإناء من ولوغ الكلب، وكذلك الكلاب: سبعًا.

فرع: فى الكتاب: إذا حد له، ثم قذفه حد له، والفرق: أنه إذا قذفه مرارًا قبل الحد: أجزأه حد إذا تبينا أن الحد السابق لم يف بكفه عن الجناية، بخلاف إذا لم يتقدم، وإن ضرب أسواطًا فقذف آخر، و قذف الأول: ابتدئت ثمانون من حين القذف، ولا يعتد بما مضى.

قال اللخمى: عن مالك: إن لم يمض إلا أيسره: أجزأه إتمامه لهما، أو بقى أيسره، نحو ثلاثة: أكمل هذا واستؤنف الآخر.

وقال أشهب: العشرة قليل، وإن قذفه، فحد له، ثم قذفه بغيره: حد له، أو به، بأن يقول: صدقت عليك، فاختلف: قال محمد: يحد له، وقيل: لا شىء عليه إلا العقوبة، وقد كان أبو بكرة بعد الجلدة متماديًا على قوله.

وقوله فى الكتاب: إذا قذف، وهو يضرب يستأنف، وهو على قوله: يحد للجماعة حدًا واحدًا، وعلى القول بالتعدد: يتم الأول، ويستأنف الثانى.

وفى النوادر: قال المغيرة: إن قذف جماعة، فقاموا جميعًا: فحد واحد، أو مفترقين: حد لكل واحد.

قال ابن القاسم: إن قذفهم، ثم شرب خمرًا، فحد فيه: أجزأه لكل ما تقدم من قذف وشرب؛ لأن الشرب من حد القذف مستخرج.

وإن قال لجماعة: أحدكم زانٍ، أو يابن الزانية: لم يحد؛ لأنه لا يعرف المراد، فإن قام به جميعهم: فقيل: لا حد عليه؛ لعدم التعيين، فالنكاية فى العرض ضعيفة؛ لعدم التعيين فإن قام أحدهم، وادعى أنه أراده: لم يقبل إلا بالبيان، فإنْ عرف من أراده: لم يحده الإمام إلا بقيام المقذوف.

ومن قذف من لا يعرف: لا حد عليه، وإن قال: يا زوج الزانية، وتحته امرأتان: فعفت إحداهما، وقامت الأخرى: حلف ما أراد إلا التى عفت، فإن نكل: حد.

وفى المنتقى: عند أشهب ثلاثة أقسام: إن ذهب اليسير: تمادى وأجزأ لهما، أو النصف، وما يقرب منه: استؤنف لهما، أو بقى اليسير: لم يستأنف للثانى.

وعند ابن القاسم قسمان: إن مضى من الحد الأول شىء: استؤنف من حين القذف للثانى، ولا يحتسب بالماضى، وإن بقى اليسير: تمم الأول، واستؤنف الثانى.

فرع: فى المنتقى: من قذف مجهولًا: لم يحد؛ لعدم النكاية، قاله محمد.

فرع: قال: من شروط وجوبه: قيام الولى، ولو سمع الإمام رجلًا يقذف: لم يكن عليه تعريف المقذوف، فإن قام به: تعلق به حق الله، وإلا فلا، وعلى هذا قوله - عليه السلام -: «واغد يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها».

قال العلماء: ليس الإرسال حرصًا على الاعتراف؛ لأمره - عليه السلام - بالتستر؛ بل ليعرفها أنها قذفت، فيكون تعريفه - عليه السلام - لا على سبيل الوجوب.

وفى التنبيهات: مذهب ابن حبيب: أن قيام الولى ليس شرطًا، ويحده، وإن كان المقذوف غائبًا؛ لأنه حق لله تعالى.

فرع: فى الكتاب: لا عفو فى حد القذف إذا بلغ الإمام، أو صاحب الشرط، أو الحرس إلا أن يريد المقذوف سترًا، ويجوز العفو فيه، والشفاعة إذا بلغ الإمام، وإن

صدر موجب التعزير من عفيف ذى مروءة [وهى طائرة][1] منه تجافى الإمام عنه، فإن عفا عن القاذف قبل بلوغ الإمام: ولم يكتب بذلك كتابًا: فلا قيام له، وكذلك النكول[2]، ويجوز العفو عن القصاص مطلقًا، وإن عفا على أنه متى شاء قام، وكتب بذلك، وأشهد له: فذلك له ولورثته.

وفى التنبيهات: فى العفو عن القاذف ثلاثة أقوال: يجوز وإن بلغ الإمام، ويمتنع إن لم يبلغ الإمام، ويمتنع إذا بلغ الإمام إلا أن يريد سترًا، وقيل: إن أراد سترًا لا يختلف فى جوازه، وعلى المنع مطلقًا يقوم به بعد العفو.

وقوله: طائرة، أى: كلمة انفلتت منه ليست بعادة، ويجافى الإمام بعده عن عقوبته.

قال ابن يونس: قال رسول الله ﷺ «تَعَافَوا الْحُدُودَ فِيمَا بَيْنَكُمْ فَمَا بَلَغَنِي مِنْ حَدٍّ فَقَدْ وَجَبَ»[3] رواه ابن وهب.

قال محمد: إنما يجوز العفو إذا قذفه فى نفسه، أما أحد أبويه، وقد مات: فلا عفو بعد بلوغ الإمام، وإن أراد الستر، قاله ابن القاسم، وأشهب.

ويجوز عفو الولد عن الأب عند الإمام، قاله مالك، وأصحابه، إن قذفه فى نفسه، وكذلك جده لأبيه، بخلاف جده لأمه.

وإذا قال الشهود: قذفك، وقال: لم يقذفنى ردت الشهادة، إلا أن يكون القذف أمامهم، وادعى ذلك، ثم أكذبهم بعد أن شهدوا عند الإمام، أو قال: ما قذفنى فإنه حد وجب، وإذا هم الإمام بضربه، فأقر المقذوف بالزنى، وصدقه، وثبت على إقراره: حد للزنى، ولم يحد الآخر للقذف، وإن رجع عن إقراره: لم يحد، وحد القاذف، قاله أصبغ.

وقال عبد الملك: إن رجع عن إقراره بفورٍ يدرأ عنه الحد، وعن القاذف بإقراره ما لم يتبين أنه أراد إسقاط الحد.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: النكال.
(٣) أخرجه أبو داود، حديث (٤٣٧٦)، والنسائى فى قطع السارق: باب (٥)، والدار قطنى فى السنن (٣/ ١١٣)، والحاكم فى المستدرك (٤/ ٣٨٣)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٨/ ٣٣١).

قال مالك: لا يجوز أخذ مال على إسقاط الحد، فإن فعل لم يسقط.

في النوادر، ومعنى قول مالك: أراد سترًا، أن يكون ضرب الحد قديمًا، فيخاف أن يظهر ذلك عليه الآن، فأما إن عمل شيئًا لم يعلمه أحد إلا نفسه: حرم عفوه.

قال أصبغ: فإن قال: أردت سترًا: لم يقبل منه، ويكشف ذلك الإمام، فإن خاف أن يثبت عليه: أجاز عفوه، وإلا لم يجزه.

وقال عبد الملك: معنى قول مالك: أراد سترًا، أن مثله يفعل ذلك: جاز عفوه، ولم يكلف أن يقول: أردت سترًا؛ لأن قول ذلك عار.

وأما العفيف الفاضل: فلا يجوز عفوه.

وفي الموازية: عن مالك: للمقذوف أن يكتب كتابًا بقذفه، يقوم به متى شاء، وكرهه مالك، وقال: ما هو من عمل الناس.

قال ابن يونس: معنى أراد سترًا: أنه إن لم يعف عنه أثبت ذلك عليه، ولم يفصل بين حده قبل ذلك ولا غيره، وقاله في المنتقى، ومعناه: قبل بلوغ الإمام؛ لأن بعد بلوغه يتعين إيقاعه.

قاعدة: الحقوق ثلاثة أقسام:

حق لله صرف: كالإيمان، وللعبد صرف: كالأثمان، وحق مختلف فيه: هل يغلب فيه حق الله، أو حق العبد كالقذف فيفرق في الثالث: إن اتصل بالإمام تعين حق الله؛ لاتصاله بنائبه في أرضه، وحق لله - تعالى -: أمره ونهيه، وحقوق العبد: مصالحه، وما من حق للعبد إلا وفيه حق لله - تعالى - وهو أمره بإيصال ذلك لمستحقه، لكن المعنى في أنه غلب فيه حق العبد: أن العبد متى أسقط حقه سقط حق الله بإيصال ذلك الحق، ويبقى من حق الله - تعالى - إثم المخالفة في الغصب، ونحوه، فإن المغصوب منه إذا أسقط الطلب بالمغصوب: لم يأمر الله بعد ذلك بإيصاله، لكن يؤاخذ على جريمة الغصب في الدار الآخرة، أو في الدنيا إلا أن يعفو أو يترجح كون القذف حقًّا للعبد، بتوقفه على قيام طالبه، وكونه يورث، وحقوق الله - تعالى - لا يدخلان فيه.

فرع: في الكتاب: لا يقوم بالحد إلا المقذوف، فإن أكذب المقذوف البينة: ردت الشهادة، وإن قالت البينة بعد وجوب الحد: شهدنا بالزور سقط الحد، وإن قذف ميتًا: فلابنه، وولد ولده، ولجده لأبيه القيام، وإن كان ثم من هو أقرب منه؛

لأنه عيب يلزمهم، وليس للعصبة والإخوة مع هؤلاء قيام إلا عند عدمهم، وللجدات القيام بالحد إلا أن يكون له ولد، فإن لم يكن للمقذوف وارث: لم يقم به أجنبى؛ لعدم تعلق الضرر[١] به، وأما الغائب: فلا يقوم ولد [و][٢] لا غيره بقذفه؛ لأنه لم ينتقل الحق عنه، وإن مات وأوصى بالقيام: قام الوصى.

فى التنبيهات: قوله: لا يقوم أحد للغائب ظاهره: أنه لا يتعرض للقاذف.

وقال عبد الملك: يسجن حتى يقدم من له عفو، أو قيام.

قال ابن يونس فى الموازية: ليس للإخوة، والبنات، والجدات قيام بقذف الميت إلا أن يوصى به.

وقال أشهب: لا يقوم إلا الأقرب فالأقرب، وكذلك العفو؛ لأنه ميراث الابن، ثم ابن الابن، ثم الأخ، ثم الجد ثم الأم، وكذلك القرابات من النساء، الأقرب فالأقرب، ولا حق للزوجة، ولا [بنت البنت][٣].

قال ابن القاسم: ولا يقام للغائب، وإن طالت غيبته - وقيل: لولده القيام فى الغيبة البعيدة دون القريبة ويكتب للمقذوف.

وعن ابن القاسم: لا يقوم للغائب إلا الولد فى أبيه وأمه، قال: ولو سمعه السلطان مع شاهدين: حده، وإذا رفعه من سمعه الإمام: سمع شهادته، فإذا كمل النصاب: حد القاذف.

فى النوادر: إذا قام المقذوف بعد طول الزمان: حلف ما سكت تركًا، وإنما يكون الحق للأولياء إذا مات المقذوف قبل طول الزمان، أما بعد طوله فلا؛ لأنه ليس موجودًا حتى يحلف، والطول ظاهر فى الترك.

وقال أشهب: لهم، وإن طال قبل موته؛ لأنه لو عفا، ثم قام: كان ذلك له.

[فرع][٤]: فى الكتاب: لا يحد القاذف حتى يبلغ بالاحتلام، أو بسن لا يبلغه إلا محتلم دون الإنبات، ومن فيه علقة رق: فحده حد العبيد، ويؤاخذ المحارب إذا تاب بما قذفه حال حرابته، وبحقوق الناس وإن قذف حربى[٥] مسلمًا، ثم أسلم، أو

---

(١) فى أ: توقف الضرب.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: بيت المال.
(٤) سقط فى أ.

أسر: لم يحد؛ لأن القصاص موضوع عنه، وإن قدم بأمان فقذف مسلمًا: حد؛ لأن له عقدًا كالذمى.

فرع: فى الكتاب: إذا ارتد المقذوف، أو قذف وهو مرتد: لم يحد، ولو رجع إلى الإسلام، كالزنى قبل الحد، وبعد القذف.

فإن ارتد القاذف، أو قذف وهو مرتد: حد، أقام على ردته، أو أسلم؛ لأن الردة لا تأبى أخذ الحقوق، وتأبى أن تثبت لصاحبها حقوق؛ لكونها مستصدر الحياة، والحقوق إنما هى الحياة، وكذلك لا شفعة له.

وإن قذف ملاعنة التعنت بولد أو بغير ولد: حد؛ لأن ولد الملاعنة يتوارثون، فإنهم أشقاء، ولو رجع الأب: ثبت النسب، وإن قال لولدها: لست لأبيك اختيارًا: لم يحد، أو مشاتمة: حد، ويحد قاذف المجنون؛ لأن عرضه ممنوع كماله، ونفسه.

فرع: قال: إن خاصم فى القذف، ومات قبل إقامة البينة: قام الوارث به؛ لأن الوارث ينتقل إليه المال بالإرث، فينتقل إليه كل ما يتعلق به من الخيار، والشفعة، والرد بالعيب، ونحوه، ولا يرث النفس، والعقل، فلا تنتقل إليه الإمامة، والقضاء، وما فوض إليه من خيار الغير، ولا اللعان، ولا نية(١) الإيلاء، ولا نحو ذلك؛ لأنها أمور متعلقة بالنفس والعقل.

ومقتضى هذه القاعدة: ألا ينتقل القصاص، والقذف، [و] لكن ضررهما متعد للوارث، فانتقلا إليه بهذا السبب، فهذا ضابط ما ينتقل للوارث، وما لا ينتقل، فليس كل حق مات عنه ينتقل.

فرع: فى الكتاب: حد القذف والخمر على العبد: أربعون، نصف حد الحر، وحده فى الزنى: خمسون؛ لقوله تعالى ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥].

قال ابن يونس: قال محمد: إن أقيم عليه حد العبد، ثم علم أنه حر حينئذ - كمل حد الحر.

---

(١) فى أ: حرين.
(٢) فى أ: ولا فيه من اللنا.

فرع: فى الكتاب: إذا قال المشهود عليه: الشهود عبيد، صدق الشهود فى الحرية؛ لأنها الأصل، وكذلك القاذف يقول: المقذوف عبد، فإن ادعى بينة قريبة: أمهل، وإلا جلد، وإن أتى بها بعد ذلك: زالت عنه جرحة الحد، ولا أرش له فى الضرب.

فرع: فى الجواهر: إذا ادعى عليه، وأقام(١) شاهدًا أنه قذفه: أحلفه، فإن نكل: حبس أبدًا حتى يحلف، [و] اتفق مالك وأصحابه: أنه يحبس أبدًا، قاله محمد.

وفى النوادر: فى الموازية: وإن طال سجنه: خلى، قال أصبغ: ويؤدب إذا خلى إن كان يعرف بأذى الناس، وإلا فأدبه حبسه، ولا يؤدب مستوجب الأدب إلا بعد الإياس من يمينه، وتوقف ابن القاسم فى التأديب.

فرع: فى النوادر: إن أقام القاذف شاهدين أن الوالى ضربه فى الحد فى الزنى: لم يسقط الحد عنه، وحدّ الشاهدان معه، ولا تنفعه إلا أربعة على رؤية الزنى.

قال: إن قال للمنبوذ(٢): يا ولد زنى أو يابن الزانية: لا يحد؛ لأنه ليس له نسب ينفى عنه، ولا أمه معلومة، فيحد لها، بخلاف: يا زانٍ.

فرع: قال فى الموازية: إن قذف الغريب: فعليه إقامة البينة على نسبه إلا أن يطول الزمان، وينتشر عند الناس، ويعرف به، فيحد قاذفه.

قال مالك: والناس على أنسابهم لأنهم حازوها، وعرفوا بها كالأملاك، ومن ادعى غير ذلك كلف البينة وإلا حد.

وفى العتبية: إن قال: يابن الزانية، للغريب الذى لا تعرف أمه، وهو مسلم: حد قاذفه.

قال: وقد يقدم الرجل من خراسان، ويقيم السنين، فيحد قاذفه، ولا يكلف بينة أن أمه حرة مسلمة.

فرع: قال ابن القاسم: المعتق فى الوصية المأمونة يقذف قبل تنفيذه من الثلث: لا حد له. ثم رجع إلى الحد إن أمن المال، ويرث، ويورث، والأمة الحامل من سيدها يموت سيدها قبل الوضع، ولم تكن ولدت منه قبل ذلك: لم يختلف قول

---

(١) فى أ: وتولم.
(٢) فى ط: المولود.

مالك: أنه يحد قاذفها، ولم يراع أن الحمل ينقص.

فرع: قال: إذا أخذ فى الزنى، أو الفرية، أو الخمر، فقال: أنا مملوك: إن كان محصنًا رجم فى الزنى، وجعل عليه حد المملوك فى الفرية، والخمر؛ لأنه لا يتهم فى رق نفسه.

وقال محمد: إن أقر بالرق لرجل حاضر، أو قريب الغيبة: سئل من أقر له، فإن ادعاه: لم يحد فى الجلد إلا فى حد العبد، وأما الزنى، والقطع، والقتل: فلا يسقط إلا بالبينة؛ لأن الأصل: الحرية.

فرع: قال ابن القاسم: إن قال لعبده، أو أجنبى: قل لفلان: إن فلانًا يقول لك: يابن الفاعلة، ففعل: حد الآمر دون المأمور، وإن قال له: اقذف فلانًا، يعنى العبد: يحد مع السيد و [قيل][(١)] يحد الحر دون الآمر؛ لأنه غير منحكم له.

وفى الواضحة: يحد السيد والعبد أمره بالقذف أو بقوله له: يابن الفاعلة.

وإن قال لأجنبى: قل له: يا ابن الفاعلة: حدا معًا.

قال ابن حبيب: وهو أحسن ما فيه، وفيه خلاف.

وفى الموازية: إن حمل لرجل كتابًا فيه: يابن الفاعلة، فدفعه إليه: حد، إن علم ما فيه؛ لأنه تعريض بالقذف.

فرع: قال: كان مالك إذا سئل عن حد أسرع الجواب، وساس به، وأظهر السرور بإقامة الحد.

وقيل: لحد يقام بأرض خير لها من مطر أربعين صباحًا[(٢)].

فرع: فى المقدمات: فى ثبوت القذف بشهادة النساء، والشاهد مع اليمين: خلاف جار على الخلاف فى شهادتهن[(٣)] فى جراح العمد، وفى القصاص باليمين مع الشاهد، والاتفاق فى اللفظ، دون المواطن: جازت الشهادة اتفاقًا، و[إن]

---

(١) سقط فى ط.

(٢) أخرجه - بإسناد ضعيف - ابن ماجه (٢٥٣٧) من حديث ابن عمر مرفوعًا، بلفظ: (إقامة حد من حدود الله خير من مطر أربعين ليلة فى بلاد الله عز وجل). وأخرجه عن أبى هريرة - مرفوعًا - بإسناد ضعيف: وأحمد (٢/ ٣٦٢) و (٤٠١)، والنسائى (٨/ ٧٥)، وابن الجارود (٨٠١) وأخرجه موقوفًا عنه: النسائى (٨/ ٧٦).

(٣) فى أ: شهادتين.

اختلف اللفظ والمعنى، واتفق ما يوجب الحكم كشهادة أحدهما بالقذف، والآخر بنفى النسب ردت على الشهود، أو اختلف الجميع: لم يأتوا، اتفاقًا.

فرع: قال مالك، وأكثر أصحابه، و (ح) إن شهادة القاذف جائزة حتى يحد؛ لأن الله - تعالى - قال ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤] فرتب عدم القبول على عدم الإتيان بالشهادة، وإذا لم يحد فهل تتأتى منه إقامة الشهادة.

وقال (ش) وعبد الملك: لا تقبل؛ لأنه قبل الحد شر منه بعده؛ لأن الحد كفارة له، وإذا تاب قبلت عند مالك و (ش)، ومنعها (ح)؛ لقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤] والاستثناء فى قوله تعالى ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ [النور: ٥] يعود على التفسيق دون قبول الشهادة، وهو باطل؛ لأن سبب الرد التفسيق، إذا زال قبلت.

* * *

الباب الثالث

فى التعزير

وفى الجواهر: والنظر فى موجبه، وجنسه، ومستوفيه.

أما موجبه: فهو معصية الله - تعالى - فى حقه، أو حق آدمى.

وأما قدره فلا حد له، فلا يقدر أقله، ولا أكثره، بل بحسب اجتهاد الإمام على قدر الجناية، و [لا] يلزم الاقتصار على ما دون الحد، ولا له النهاية إلى حد القتل.

وأما جنسه: فلا يختص بسوط، أو حد أو حبس(١)، أو غيره، بل اجتهاد الإمام.

وكان الخلفاء المتقدمون يعاملون بقدر الجانى والجناية: فمنهم من يضرب، ومنهم من يحبس، ومنهم من يقام على قدميه فى تلك المحافل، ومنهم من تنزع عمامته، ومنهم من يحل إزاره، ويعتبر فى ذلك قول القائل، والمقول له، والمقول: فإن كان القائل ممن لا قدر له، أو عرف بالأذى والمقول له من أهل [القدر] فعقوبته أشد، أومن أهل الخمر: فعقوبته أخف، إلا أن تخف الجناية جدًا، فلا يعاقب، ويزجر بالقول إن كان القائل ممن له قدر معروف بالخير، والمقول له على غير ذلك: زجر بالقول.

قال مالك: قد يتجافى السلطان عن الفلتة من ذوى المروءة.

وفى الكتاب: إن قال: يا سارق: نكل، أو قال: سرق متاعى، والمقول فيه يتهم: فلا شىء عليه، وإلا نكل، وإن ناداه: يا شارب الخمر، ونحوه: نكل أو يا برنون أو يا حمار، أو بما يؤذيه: نكل، ويجوز العفو والشفاعة فى النكال، وإن بلغ الإمام؛ لأنه حق لآدمى صرف.

قال مالك: إذا انتهى للإمام، والجانى من أهل العفاف والمروءة، ووقع ذلك منه فلتة:(٢) تجافى الإمام عنه، أو من أهل الأذية: فلا يقله ولينكله.

قال الأستاذ أبو بكر: وظاهر هذه الإطلاقات يقتضى: أن التعزير واجب إذا قام به صاحبه، وإن لم يطالب لم يعزر، ولم يفصل أصحابنا بين حق الآدمى، وغيره؛ بل

---

(١) فى أ: يسود، أو بد أو حسن.

(٢) فى أ: أو بملته، أو بجملته.

أطلقوا عدم الوجوب عند عدم القيام، وينبغى التفصيل [فى ذلك].

فرع: قال: والمعتبر فى الدفع: القرآن، والعلم، والآداب الإسلامية، وفى الزناة: الجهل، قاله الأستاذ أبو بكر.

وأما المستوفى للتعزير: فهو الإمام، والأب، والسيد، ويؤدب الصغير دون الكبير، ويؤدبه معلمه وصاحبه. ويعزر السيد فى حقه، وحق الله - تعالى - والزوج فى النشوز، وما يشبهه مما يتعلق بمنع حقه؛ لأن التعزير لو جعل لعامة الناس لأدى لتواثب السفهاء[1] للأذية، وكثرة الهرج والفتن. والتعزير جائز بشرط سلامة العاقبة فإن سرى: ضمنت عاقلته، بخلاف الحد؛ لأن التعزير باجتهاد.

والحد مقدر لا مدخل له فيه، فلو لم تترك المرأة النشوز إلا بضرب مخوف: لم يجز تعزيرها أصلًا.

تنبيه[2]: قال إمام الحرمين: متى كان الجانى ينزجر بالكلمة، أو بالضربة الواحدة: لم تجز الزيادة؛ لأن الأذية مفسدة يقتصر منها على ما يدرأ المفاسد، وإن كان لا ينزجر بالعقوبة اللائقة بتلك الجناية، بل بالمخوفة: حرم تأديبه مطلقًا، أما اللائق به: فإنه لا يفيد، فهو مفسدة بغير فائدة، وأما الزائدة المهلكة فإن سببها لم يوجد، والصغار والكبار فى تلك سواء.

[فرع][3]: فى الموازية: قال محمد: إذا بلغ التعزير قدر الحد: ضرب عريانًا.

تنبيه: قال (ح): لا يجاوز به أقل الحدود، وهو أربعون حد العبد، بل ينقص منه سوط.

والتعزير واجب، لا يجوز للإمام تركه إلا إذا غلب على ظنه أن غير الضرب مصلحة، من الملامة والكلام.

وعند (ش) قولان فى المجاوزة به، وهو عنده غير واجب على الإمام، إن شاء أقامه، أو تركه.

لنا: فى المسألة قضاء الصحابة رضى الله عنهم .

زور معن بن زائدة كتابًا على عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - ونقش خاتمه

---

(١) فى ط: الشفعاء.
(٢) فى أ: فرع.
(٣) سقط فى أ.

مثل نقش خاتمه، فجلده مائة، فشفع فيه، فقال أذكرونى الطعن، وكنت ناسيًا، فجلده مائة أخرى، ثم جلده بعد ذلك مائه أخرى.

وكان رجل يأتى الناس فى أسواقهم، ومجالسهم، فيقول: ﴿وَالذَّارِيَاتِ ذَرْوًا﴾ [الذاريات: ١]، ويقول: ﴿وَالنَّازِعَاتِ غَرْقًا﴾ [النازعات: ١] ما الذاريات، ما النازعات، ما الفارقات، ما الحاملات، ما الذاريات؟ وكان يتهم بالحرورية فكتب أبو موسى إلى عمر - رضى الله عنهما - فيه، فأمر بإقدامه عليه، فقال له عمر: عم تسأل، تسأل عن الذاريات، والنازعات؟ فضربه عمر - رضى الله عنه - بجريد النخل حتى أدمى جسده كله، ثم حبسه حتى كاد يبرأ، فضربه، وسجنه - فعل ذلك به مرارًا، فقال: يا أمير المؤمنين، إن كنت تريد قتلى فأوجز، وإن كنت تريد الدواء، فقد بلغ منى، فأطلقه، وأمره ألا يجالس أحدًا، إلى أن كتب إليه أبو موسى: أنه قد حسن حاله، فأمر بمجالسته، ولم ينكره أحد من الصحابة، فكان إجماعًا.

وقتل رجل عبدًا فى زمان النبى ﷺ، فأمر به، فجلد مائة جلدة، وقال: لا تقبلوا له شهادة، ولأن الله - تعالى - جعل الحدود مختلفة بحسب الجنايات: فالزنى أعظم جناية وعقوبة من القذف، والسرقة أعظم منهما، والحرابة أعظم من الكل، فوجب أن تختلف التعازير، وتكون على قدر الجنايات فى الزجر، وإذا زادت على موجب الحد زاد التعزير.

احتجوا بما فى الصحيحين: قال - عليه السلام -: «لَا يُجْلَد فَوْقَ عَشْرِ جَلَدَاتٍ فِى غَيْرِ حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللهِ تَعَالَى»(١).

واحتج (ش) بأن رسول الله ﷺ لم يعزر الأنصارى لما قال له: «أن كان ابن عمتك - يعنى الزبير ...»(٢) الحديث، ولأنه غير مقدر فلا يجب كضرب الأب، والمعلم، والزوج.

---

(١) من حديث أبى بردة بن نيار: البخارى (١٢/ ١٨٢) حديث (٦٨٤٨)، وأبو داود (٢/ ٥٧٣) (٤٤٩١)، والترمذى (٤/ ٥١) حديث (١٤٦٣)، وابن ماجه (٢/ ٨٦٧) حديث (٢٦٠١)، وأحمد (٣/ ٤٦٦)، والدارمى (٢/ ١٧٦)، والطحاوى فى مشكل الآثار (٣/ ١٦٤)، وابن الجارود (٨٥٠).

(٢) أخرجه البخارى (٥/ ٤٢) حديث (٢٣٥٩-٢٣٦٠)، ومسلم (٤/ ١٨٢٩) حديث (١٢٩/ ٢٣٥٧)، وأبو داود (٢/ ٣٣٩) حديث (٣٦٣٧)، والترمذى (٣/ ٦٤٤) حديث (١٣٦٣)، وابن ماجه (١/ ٧)، وأحمد (٤/ ٤).

والجواب عن الأول: أنه خلاف مذهبكم؛ لأنكم تزيدون على العشر، أو لأنه محمول على اتباع السلف، كما قال الحسن: إنكم لتأتون أمورًا هى فى أعينكم أدق من الشعر، إن كنا لنعدها من الموبقات، فكان يكفهم قليل التعزير، ثم تتابع الناس فى المعاصى حتى زوروا خاتمًا على خاتم عمر، ولذلك قال عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أقضية على قدر ما أحدثوا من الفجور، ولم يرد نسخ حكم، بل المجتهد فيه يستقل فيه بالاجتهاد.

وعن الثانى: أنه حقه - عليه السلام - فله تركه، أو لأن تلك الكلمات كانت تصدر - ولم يقصد بها الاهتضام - من جفاة[1] الأعراب.

وعن الثالث: أنه ينتقض برياضه الدابة إذا استؤجر عليها، وقد يجب غير المقدر[2]، كنفقات الزوجات، والأقارب، ونصيب الإنسان فى بيت المال غير مقدر يجب[3].

فرع: فى النوادر: قال مالك: إن شتمه جده، أو عمه، أو خاله: فلا شىء عليه إن كان تأديبًا، ولم ير الأخ مثلهم.

[فائدة][4] التعزير: قيل: لفظ مشترك بين الإهانة، والإكرام؛ لقوله - تعالى - ﴿لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتُعَزِّرُوهُ وَتُوَقِّرُوهُ﴾ [الفتح:٩] وقيل بل معناه المنع، فتعزير الجناة: منعهم من العود إلى الجنايات، وتعزير رسول الله ﷺ: منعه من المكاره.

الجناية [الخامسة][5]:

الحرابة والنظر فى صفة المحاربين، وفى أحكامهم

النظر الأول: فى صفتهم:

وفى الجواهر: المشتهر بالسلاح لقصد السلب محارب، كان فى مصر أو قفر، له شوكة أم لا، ذكرًا أو أنثى، ولا تتعين آلة مخصوصة: حبل، أو حجر، أو خنق باليد، أو بالفم، وغير ذلك، وهو محارب وإن لم يقتل، وكل من قطع الطريق،

---

(١) فى أ: خفاء.
(٢) فى أ: المقدور.
(٣) فى أ: فيجب.
(٤) سقط فى أ.
(٥) بياض فى أ.

وأخاف السبيل فهو محارب، أو حمل السلاح بغير عداوة، ولا نائرة[(١)]، وكذلك قتل الغيلة، بأن يخدع رجلًا، أو مشى حتى يدخله موضعًا فيأخذ ما معه، وإن دخل دارًا بالليل، فأخذ مالًا مكابرة، ومنع الاستغاثة فهو محارب، والخناق وساقى السم لأخذ المال محارب، وكل من قتل أحد على ما معه فهو محارب، فعل ذلك بحر أو عبد، مسلم أو ذمى.

وفى الكتاب: إذا قطع أهل الذمة الطريق إلى مدينتهم التى خرجوا منها فهم محاربون، وإن خرج تجار[(٢)] إلى أرض الحرب، فقطع بعضهم الطريق على بعض ببلد الحرب، أو قطعوها على أهل ذمة دخلوا إلى أرض الحرب بأمان، فهم محاربون، ومن دخل عليك دارك، ليأخذ مالك فهو محارب.

تمهيد: فى التنبيهات: أخذ المال حرامًا عشرة أضرب: حرابة: إن أخذه بمكابرة، ومدافعة.

وغيلة[(٣)]: أخذه بعد قتل صاحبه بحيلة مهلكة، ليأخذ ماله: من إلقائه فى مهواة، أو نحوه.

وغصب: وهو أخذ ذوى القدرة، والسلطان ممن لا قدرة له على دفعه وقهره، وهو نحو الغصب. وخيانة: أخذه من الودائع ونحوها.

وسرقة: أخذه من غير أمانة على الإخفاء من حرزه، واختلاس وهو أخذ السارق، وأهله يعلمون.

وخديعة: بأن يأخذه باختيارك، وإيهام وتعدٍّ كالمستأجر يتجاوز المسافة، والمقدار المستأجر عليه، وجحد فى الديون ونحوها، واسم الغصب يطلق[(٤)] على ذلك كله فى اللغة، ولكل واحد منها حكم فى الشرع على حياله.

وفى الموازية: إن سقى السكران إنما يكون محاربة إذا كان ما سقاه يموت منه.

قال ابن يونس فى العتبية: إذا لقيه عند العتمة فى المسجد، أو خلوة، فنشر ثوبه،

(١) فى أ: فائدة.
(٢) فى ط: خرجوا تجارًا.
(٣) فى أ: غلبة.
(٤) فى أ: ينطلق.

أو[١] نزعه منه: لا قطع عليه إلا أن يكون محاربًا؛ لأنه مختلس، ولا قطع على مختلس.

قال اللخمى: قال أصبغ: إذا قعد اللصوص بقوم، فعلم بهم الإمام، فأخذهم قبل أن يعلم بهم من قعدوا له، ولم يتقدم منهم تلصص: فليسوا محاربين، فإن علموا بهم، فامتنعوا من تلك الطريق، خوفًا منهم: فهم حينئذ قطاع الطريق، يجرى فيهم حكم المحاربين، وإن أخذوا المال بالقوة بغير سلاح، ولا يخشى منهم قتال، أو منعوهم: فهم غصاب غير محاربين، إلا أن يكون تقدم منهم خوف.

وإن أخذوا بالقهر، ثم قتلوا خوف أن يطلبوا: ليسوا بمحاربين، بل مغتالون، وإن سأله طعامًا، فأبى، فكتّفه، ونزع منه الطعام وثوبه: قال مالك: محارب، وهو ممن يضرب وينفى.

والمحارب فى المدينة محارب عند ابن القاسم؛ لصدق الاسم، دون عبد الملك، فإنها إنما يكون فيها الغصب، وكذلك القرية، إلا أن يكونوا جماعة يريدون القرية كلها عنادًا وإعلانًا: فهم محاربون، ولو علم بالسارق بعد أخذ المال سرًا، فقاتل حتى نجا به فهو سارق، وله قتاله ليدفع عن نفسه، وإن علم به قبل أخذه، فقاتل حتى أخذه: فهو محارب عند مالك، دون عبد الملك.

فرع: فى النوادر: من سماع ابن القاسم: إن قطع الطريق لا لطلب مال، ولا عداوة، ولا نائرة، ولا بدين، قال: أمنع هؤلاء يمشون [إلى][٢] مكة أو[٣] الشام: فهو محارب؛ لأنه قطع الطريق، وأخاف السبيل.

النظرُ الثانى: فى أحكامهم

قال الله -تعالى-: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢] فجعل -تعالى- الفساد فى الأرض كالقتل فى وجوب القتل، وبين الفساد، فقال: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ

(١) فى ط: و.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: أم.

وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِ﴾ [المائدة: ٣٣] فمحاربة[١] الله ورسوله: إخافة السبيل، وهو السعى فى الأرض فسادًا. فكررت الحرابة بلفظين تأكيدًا.

فرع: فى الجواهر: قال مالك: جهادهم جهاد، ونناشد المحارب الله -تعالى- ثلاث مرات، فإن عاجله قاتله.

وقال عبد الملك: لا يدعه، وليبادره[٢] إلى القتال.

قال مالك: يدعوه إلى التقوى، فإن أبى قاتله، وإن يطلب مثل الطعام وما خف، فليعطوه، ولا يقاتلوه؛ لأنه أخف مفسدة.

قال سحنون: أرى ألا يعطوا شيئًا وإن قل، ولا يدعوا، وليظهر لهم الصبر، والجلد، والقتال بالسيف، فهو أقطع لطمعهم.

فرع: فى الكتاب: من حارب من الذمة، أو المسلمين، وأخافوا السبيل، ولم يأخذوا مالًا، ولم يقتلوا: خير الإمام بين القتل، والقطع، ورب محارب لم يقتل أعظم فسادًا فى حرابه ممن قتل، فإذا نصب، وعلا أمره، وأخاف، وحارب، ولم يقتل، وأخذ المال، أو لم يأخذ: خير فى قتله، أو قطع يده ورجله، ولا يجتمع مع القتل قطع،[٣] ولا ضرب، ولا يضرب إذا قطعت يده ورجله، ولا يستوى المحاربون: منهم من يخرج بعصا، فيؤخذ على تلك الحال بحضرة الخروج، ولم يخف السبيل، ولا أخذ مالًا: فيكفى الضرب، والنفى والسجن فى الموضع الذى نفى إليه، ولا يجوز العفو عنه؛ لأنه حق لله تعالى.

ونفى عمر بن عبد العزيز محاربًا من مصر إلى شفت، وينفى من المدينة إلى فدك وخيبر، ويسجن هناك حتى تعرف توبته.

فإن قتل، وأخذ المال، وأخاف السبيل: قتل، ولا تقطع يده ورجله.

والصلب مع القتل، فيصلب حيًا، ثم يطعن بالحربة، والعبد مثل الحر، غير أنه لا ينفى لحق سيده فى خدمته.

وفى المقدمات: معنى قول مالك فى التخيير: أنه يفعل ما هو أقرب للصواب، فذو الرأى يقتله؛ لأن القطع لا يدفع مضرة، وذو القوة -فقط- يقطعه من الخلاف؛

---

(١) فى أ: فحاربه.
(٢) فى ط: وليبادر.
(٣) فى أ: قتل.

لأن ذلك ينفى ضرره، وإن لم يكن على هذه الوجوه، وأخذ عند خروجه، فالضرب والنفى، ليس معناه أنه يتخير بهواه.

ومتى قتل فلا بد من قتله، وينحصر التخيير فى قتله، وصلبه، وقطعه.

وقوله فى الكتاب: إن نصب نصبًا شديدًا، أو علا أمره، وطال زمانه: فإنه يقتل: لا ينبغى أن يؤخذ إلّا بالقتل.

وخالفنا الأئمة، فقالوا: الآية للترتيب، فلا يقتله إذا لم يقتل، ولا يقطعه إذا لم يأخذ المال، فإن قتل، وأخذ المال: خيره (ح) بين القتل فقط، أو مع القتل[(١)] ، ولا يصلب، أو يجمع بين القتل والصلب.

وقال (ش): يتعين القتل، والصلب؛ لأنه يأتى على القطع، وإن لم يقتل، ولا أخذ المال: تعين النفى، ويقدرون الشرط [مكررًا][(٢)] فى الآية.

معناها عندهم: أن يقتلوا إن قتلوا، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف إن أخذوا المال، أو ينفوا إن لم يفعلوا شيئًا من ذلك.

وقال (ح): نفيه: حبسه ببلده حتى تظهر توبته، وهو مروى عن مالك.

وقال (ش): نفيه أن يطلبه الإمام أبدًا، وهو يهرب من موضع إلى موضع.

لنا: أن الأصل: عدم الإضمار، وإرادة الحقيقة، وهى التخيير الذى هو مسمى.

واحتجوا بما فى الصحيح: قال - عليه االسلام -: لَا يَحِل دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلّا بِإِحْدَى ثَلَاث: كُفرٍ بَعْدَ إِيمَانٍ، أَوْ زِنى بَعْدَ إِحْصَانٍ، أَوْ قَتْلِ نَفْسٍ»[(٣)].

ولم توجد فى المحارب، فلا يقتل، ولأنه سبب واحد، فلا تتعلق به عقوبتان، كالقتل والسرقة، ولأن الله - تعالى - شرط فى الآية محاربة الله ورسوله مع الحرابة، ولم يوجد ذلك فى مسألتنا، ولأن عادة الله - تعالى - فى التخيير: البداية بالأخف، كما فى كفارة اليمين، وفى الترتيب: بالأشد، نحو كفارة الظهار، وقد بدأ ههنا بالأشد، فتكون للترتيب، ولأن الأصل: أن عظم العقوبة يتبع عظم الجناية، فلا يترتب القتل إلّا حيث القتل.

والجواب عن الأول: أنه عام، والآية خاصة، فيقدم عليه.

---

(١) فى ط: القطع.
(٢) سقط فى ط.
(٣) تقدم.

وعن الثانى: أنا لم نعلق بالسبب الواحد عقوبتين، بل صفة(١) كل محارب إلى عقوبة واحدة، والحرابة من حيث هى حرابة لها عقوبة واحدة، وهى الضرب والنفى، كالزنى.

وعن الثالث: أن محاربة الله - تعالى - محال فيتعين صرفها لمعصيته بالفساد فى الأرض، ويكون المعنى واحدًا، كقوله - تعالى -: ﴿إِنَّمَآ أَشۡكُواْ بَثِّي وَحُزۡنِيٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾ [يوسف:٨٦] والحزن: البث، ﴿عَبَسَ وَبَسَرَ﴾ [المدثر:٢٢] ومعناهما واحد، وهو فى اللغة يدل على اهتمام المتكلم به.

وعن الرابع: أن المستند فى الترتيب: أن يذكر بصيغة «إن»، والتخيير: بصيغة «أو»؛ لكونه(٢) أشد، وأضعف، وقد وجدت «أو» ههنا، فتكون للتخيير، وإنما بدأ ههنا بالأشد؛ إشارة إلى عظم رتبة الحرابة فى الجنايات.

قاعدة: للتخيير فى الشريعة أربعة معان:

المباح المطلق: كالتخيير بين أكل الطيبات، ولبس الثياب.

والواجب المطلق: كتصرفات الولاة، فمتى قلنا: الإمام مخير فى صرف بيت المال، وفى أسارى العدو، أو التعزير، أو المحاربين فمعناه: أن ما يتعين سببه برجحان مصلحته، وجب عليه، وحرم عليه غيره، فهو أبدًا ينتقل من واجب [إلى واجب]،(٣) ويشبه أن يخرج على هذه القاعدة تخيير الساعى بين أربع حقاق، وخمس بنات لبون، ولا يتوقف أخذه لأحدهما على رجحان مصلحته؛ لوجوب السبب الواحد المقتضى لهما، وهو الملك الحاضر من الإبل، ويحتمل أنه يجب عليه ألا يأخذ إلّا الأرجح للفقراء، إلّا أن بذل النصيحة للأمة واجب على الأئمة ونوابهم، ولا يأخذ شيئًا دون السن الواجب مع دراهم أو عرض، إلّا أن يكون أرجح للفقراء؛ لأن السبب إنما اقتضى السن المتروكة.

والثالث: التخيير بين واجب من وجه، ومباح من وجه: نحو كفارة اليمين، خير بينها، وكل واحد واجب من حيث إنه أحد الخصال، ومباح من وجه، نحو كفارة

---

(١) فى أ: سقة.
(٢) فى أ: لا كونه.
(٣) سقط فى أ.

اليمين من جهة خصوصه، وقد يكون خصوص العتق أو الطعام مندوبًا، فيكون التخيير بين الواجب والمندوب، لا على معنى ترك الواجب، بل المخير بينها واجبة من جهة عمومها، لا من جهة خصوصها، بخلاف تخيير الولاة يقع أبدًا في واجب بخصوصه وعمومه فيما يعينه سببه، وفي القسم، أو المباح بخصوصه وعمومه.

الرابع[١]: بين الواجب، والمكروه: كتخيير المسافر بين القصر، والإتمام، والقصر واجب، والإتمام مكروه على المشهور، والتخيير بين الصوم، والفطر: تخيير بين شهر الأداء، وشهر القضاء، فالواجب أحد الشهرين، فهو من باب خصال الكفارة، وكذلك الجمعة في حق العبد، والمسافر، والمرأة.

وإن قلنا: القصر ليس مستحبًا: خير بين الواجب الذي هو القصر، والمباح الذي هو الإتمام، والفرق بين خصال الكفارة، والقصر، والإتمام: أن القصر الذي هو الركعتان لا بد منهما إجماعًا، وإنما خير بين أن يزيد عليهما أم لا، فالخصوص واجب في الركعتين، وليس واجبًا في خصلة من خصال الكفارة.

وهذه قاعدة في التخيير أبدًا بين سببين: أحدهما جزء الآخر، كتخيير الله -تعالى- رسوله ﷺ في قيام الليل بين ثلثه، ونصفه، وثلثيه، فالثلث لابد منه، وما زاد مندوب، والتخيير واقع فيه بين واجب، ومندوب، وبهذه القواعد [والتنبيهات][٢] يظهر بطلان من يقول: التخيير لا يقع إلّا بين متساويين، وإن التخيير يقتضي التساوي.

فرع: قال ابن يونس: النفي عند مالك يوم وليلة؛ لنهيه -عليه السلام-: «أن تسافر المرأة يومًا وليلة إلا مع ذي محرم منها» قاله بعضهم.

ولا نفي على النساء؛ لما تقدم في باب الزنى. ويكتب للوالي بحبسه بذلك الموضع حتى يتوب من غير تحديد، بخلاف الزنى، ونفقتهما في حملهما من أموالهما، وقاتل النفس يحبس في موضعه.

في المقدمات: قال ابن القاسم: يصلب حيًا، ويقتل في الخشبة، يسيل دمه مربوطًا عليها.

---

(١) في ط: الدائر.
(٢) سقط في أ.

من قولهم: بحر[١] مصلب إذا كان شعره[٢] سائلًا.

وقال أشهب: يقتل قبل الصلب، ثم يصلب، فالتخيير واقع فى صفة قتله، لا بين قتله وصلبه، فعلى رأى أشهب: يصلى عليه قبل الصلب، ويختلف فى الصلاة عليه على مذهب ابن القاسم:

فقال عبد الملك: ليترك على الخشبة حتى تأكله الكلاب، ولا يمكن من الصلاة عليه.

وعنه: يصلى خلف الخشبة، ويصلى عليه مصلوبًا.

وقال سحنون: ينزل من عليها، ويصلى عليه؛ لأنها سنة الصلاة.

وفى إعادته لها؛ ليرتدع المفسدون قولان.

وقال (ح): يترك ثلاثة أيام، وينزل؛ جمعًا بين المصالح، وقد توفى معنى النص، والزيادة مثلة منهى عنها، والقطع فى اليد اليمنى والرجل اليسرى، فإن عاد: قطعت يده اليسرى، ورجله اليمنى، فإن كان أشل اليمنى، والرجل اليسرى، أو مقطوعهما: قال ابن القاسم: تقطع يده اليسرى، ورجله اليمنى حتى يكون القطع من خلاف.

وقال أشهب: تقطع يده اليسرى، ورجله اليسرى؛ لأنها المستحقة للحرابة.

وفى النفى ثلاثة أقوال:

فعن مالك: السجن، وقاله سفيان.

وقال مالك، وابن القاسم: ينفى إلى بلد أقله مسافة القصر، فيسجن حتى تظهر توبته.

وقال عبد الملك: يطلبهم الإمام لإقامة الحد، فهروبهم منه هو النفى، وإن قدر عليه لا ينفى.

فى النوادر: متى قتل قتل بالسيف من غير صلب.

قال اللخمى: يسقط عن المرأة النفى، والصلب.

وعلى قول مالك: إن النفى: الحبس بالبلد، تنفى.

---

(١) في ط: تمر.

(٢) فى أ: سعده.

وعلى المشهور: لا تنفى، قال: وأرى إن وجدت وليًا أو جماعة مرضيين، وقالت: أخرج إلى بلد آخر، فأسجن فيه: أن لها ذلك؛ لأنه أهون عليها من القطع، والقتل.

وحد العبد ثلاثة: القطع من خلاف، والقتل بانفراده، والصلب، والقتل، ويختلف فى نفيه، كما فى المرأة، قال: وأرى إن قال سيده: أرضى بنفيه، ولا يقطع: أن يسوى(١) بالحر.

والحد أربعة: القطع، والقتل بانفراده، أو القتل والصلب، أو النفى، وهو خلاف ما تقدم.

فى المقدمات: قال: وأما الصبى لم يحتلم، ولم ينبت: فيعاقب، ولا يحد، فإن أنبت الإنبات البين فخلاف فى حده، والمجنون يعاقب للاستصلاح، كما تؤدب البهيمة للرياضة، وإن خف جنونه، حد، وإن حارب وقت إفاقته، ثم جن: أخر حتى يفيق، كالسكران لسكبه(٢) العقوبة، واختلف قول مالك فى العقوبات الأربع: هل هى على التخيير فى المحارب الواحد، أو كل محارب تتعين له عقوبة؟ ويجتهد الإمام فى ذلك إذا عظم فساده، وأخذ المال، وقال أشهب: إن أخذ بالحضرة، ولم يأخذ مالًا: يخير فيه بين القتل، والقطع، والنفى، وكذلك إذا عظم أمره، وأخذ المال، فإن قتل تعين القتل، لقوله - تعالى -: ﴿ٱلنَّفۡسَ بِٱلنَّفۡسِ﴾ [المائدة: ٤٥] وخير أبو مصعب فيه، وإن قتل؛ لظاهر الآية، ويقتل المحارب بالسيف، أو الرمح بغير تعذيب، ولا يرمى بشىء من عال، ولا حجارة، وإن رأى صلبه: صلبه قائمًا لا منكوسًا، وتطلق يداه، وإن لم تطلق فلا بأس.

قال: وظاهر القرآن: أن الصلب قائم بنفسه، وروى عن مالك ذلك، والمذهب: أنه مضاف للقتل، وليس يصلب، ولا يقتل، فلو حبسه الإمام ليصلبه، فمات: لم يصلبه، ولو قتله أحد فى الحبس، فله صلبه؛ لأنه بقية حده.

وقال سحنون: إذا صلب، وقتل: أنزل من ساعته، وصلى عليه، ودفن، وإن رأى الإمام إعادته بعد الصلاة للخشبة لمزيد فساده: أعاده، وإن كان أقطع الرجل

---

(١) فى أ: سور.
(٢) فى أ: سكيت.

اليسرى: قطع اليد اليمنى، والرجل اليمنى.

قال محمد: وإن لم يكن له إلا يد، أو رجل، أو يدان: قطعت اليمنى وحدها، وعلى هذا، إن لم يكن له إلا رجلان: قطعت اليسرى وحدها، والضرب مع النفى استحسان؛ لأنه زيادة على النص، وليس له حد، بل بحسب الحال، ولا تقبل توبته فى السجن بمجرد الظاهر؛ لأنه كالمكره بالسجن، بل تعتمد على القرائن، فإن علمت توبته قبل طول السجن لم يخرج؛ لأن طول السجن حد.

قال ابن القاسم: والنفى - عندنا - إلى أسوان، قال: ويضيق عليه فى السجن، فلا يدخل إليه إلا وقت طعامه، قال: وأرى إن عوقب بالنفى، ثم عاد: حد بالقطع، أو القتل؛ لأن النفى لم يزجره، وإن عاد بعد القطع إلى الأمر الخفيف، ورجى فى نفيه صلاحه: فعل[(١)] ذلك، أو متماديًا على حرابته: فالقطع، أو القتل، وإن قطع فى الثالثة [قتله فى الثالثة][(٢)]، أو أبقاه[(٣)] إن ضعف شره. ومتى رجى صلاحه بغير القتل لم يقتل.

فرع: فى الكتاب: قليل المال دون ربع دينار مثل كثيره فى قطع الطريق على مسلم، أو ذمى.

فرع: قال: إن تاب قبل القدرة عليه سقط الحد دون حق الآدمى فى نفس، أو جرح، أو مال، وللأولياء العفو، أو القتل فيمن قتل، وكذلك الجراح، فإن كانوا جماعة قتلوا رجلًا، ولى أحدهم قتله، وأعانه الباقون: قتلوا كلهم، وإن تابوا قبل أن يؤخذوا: فللولى ما تقدم من العفو والقصاص، ويأخذ الدية بما[(٤)] شاء.

وقد قتل عمر - رضى الله عنه - ربيئة[(٥)]، كان ناطورًا للباقين. فإن ولى أخذ المال، والباقون له قوة واقتسموه، وتاب بعض من لم يل أخذ المال: ضمن جميع المال، وإن تابوا معدمين فهو دين عليهم، وإن أخذوا قبل التوبة، وحدوا: أخذت أموال الناس من أموالهم، وإن لم يكن له مال: لم يتبعوا كالسرقة، ويمتنع عفو الأولياء - فى الدماء، والأموال، وعفو الإمام، إذا أخذوا قبل التوبة، وتحرم

(١) فى ط: نفذ.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: أو نفاه.
(٤) فى ط: متى.
(٥) فى أ: رسه.

الشفاعة؛ لأنه حد بلغ الإمام، وإن تابوا قبل القدرة عليهم، وقد قتلوا ذميًا: فعليهم ديته لأوليائه؛ لأنه لا يقتل مسلم بذمى، وإن كان ذميًا: أقيد منه، وتعرف توبة المحارب الذمى بترك ما كان فيه قبل القدرة عليه، وإن كان فى الذمة نساء: فهن كالرجال، ولا يكون الصبى محاربًا حتى يحتلم.

قال ابن يونس: قوله: أخذت أموال الناس من أموالهم: يريد: إن كان يسرهم متصلًا من يوم أخذ المال، فإن لم يكن يومئذ: قال: لم يتبعوا بشىء، كالسرقة.

قال اللخمى: يسقط [الحد]،[1] لقوله - تعالى -: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٣٤] والأحسن -عند مالك - فى توبة المحارب: أن يأتى السلطان، وتصح عند جيرانه باختلافه للمسجد حتى تعرف توبته.

وقال عبد الملك: لا يكون إتيانه للسلطان تائبًا توبة؛ لقوله -تعالى-: ﴿مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ فإن امتنع بنفسه حتى أعطى الأمان: فقيل: ينفعه، كالكافر؛ وقيل: لا ينفعه، كالمرتد، ولا بد من حق الله عز وجل.

ولا يكون الأمان توبة، وإن سأله؛ لأن تأمين الكافر ليس إسلامًا، فإن قال الوالى لأحدهم: لك الأمان على أن تخبرنى ما صنعتم، ومن كان معكم، لا يؤاخذ بإقرراه، قاله أصبغ.

قال: وأرى أن يلزمه إقراره؛ لأنه ليس مكرهًا، وإذا تاب - وهو عبد - وعفا الأولياء: فهى جناية فى رقبته.

وإن خرج المحارب لم يقتص منه، وإنما هو قطع، أو قتل، وكذلك إن قتل، ليس للولى عفو، ولا قود، بل الإمام يقيم الحد، وإن رأى الإمام ألا يقتلهم، ومكن أولياء المقتول منهم، فعفوا بعد ذلك، واقتص منهم، وهذا إذا قتلوا حرابة، وأما غيلة: فينفذ العفو عند ابن القاسم على مال، وغير مال، ولا ينقض الحكم؛ لأنه موطن خلاف.

وعن ابن القاسم: ذلك فى قتل الحرابة، ولا ينقض الحكم.

وعن أشهب: لا يقتل فى الجماعة إلا القاتل، أو معين، أو ممسك أمسكه، وهو يعلم أنه يريد قتله، وغيرهم يضرب عليه، ويحبس سنة.

---

(١) سقط فى أ.

وقول عمر – رضى الله عنه –: لو اجتمع عليه أهل صنعاء لقتلتهم، كان فى الغيلة.

وقال عبد الملك: إن كانوا لا يعدون على المال إلا بالكثرة، ضمن بكل واحد الجميع، أو يقوى عليه الواحد والاثنان، فحصة كل واحد فقط، وإنما فرق بين قتل القدرة وبعدها؛ لأن قبلها قبول التوبة منه ترغيب له، وحسم لفساده، وبعدها هو عاجز، فيؤخذ منه حق الله، وزجرًا لأمثاله.

وعندنا: حقوق الله –تعالى – لا تسقط بالتوبة: كالسرقة، والخمر، والزنى، وقاله (ح).

وعند (ش) قولان، واشترط فى السقوط مضى مدة تظهر فيها التوبة، ومنهم من قدرها بسنة، ومنهم من قال: بل مدة لو لم يكن تائبًا فيها لباشر المعصية، وحصل الاتفاق فى الحرابة قبل القدرة.

لنا: النصوص المقتضية للحدود، وقوله – عليه السلام – فى ماعز: «إِنَّهُ تَابَ»[1]، وَرُجِمَ، ولم يوجب – عليه السلام – على راجمه شيئًا، وقال فى الغامدية: «تَابَتْ تَوْبَةً لَوْ تَابَهَا صَاحِبُ مَكْسٍ لَغُفِرَ لَهُ»[2] ورجمها عليه السلام .

وأقول: لو سقط لسقط بالتوبة فى الحال: كالمقذوف والمحارب، لكن المدة معتبرة، فلا تكون مستقبلة، وقياسًا على القذف. [واحتجوا][3] بالقياس على الحرابة قبل القدرة، وعلى الردة.

والفرق: أن مفسدتها عظيمة، فرغب فى ترك ذلك بأن جعلت توبتهما تزيل حدهما؛ ترغيبًا فى التوبة منهما، بخلاف الزنى، والخمر، وأما بعد القدرة فى الحرابة: فلتعلق حق الآدمى بها: كالقذف.

فى المقدمات: فى صفة التوبة ثلاثة أقوال:

أن يترك ما هو عليه، وإن لم يأت الإمام، أو يكفى إلقاء السلاح، ويأتى الإمام طائعًا، قاله ابن القاسم. والثانى: يترك ما هو عليه، ويجلس فى موضعه، وتظهر توبته لجيرانه، وأما إن ألقى لسلاح، وأتى الإمام وحده، فإنه يقيم عليه حد الحرابة إلا أن يترك قبل إتيانه ما هو عليه، قاله عبد الملك.

---

(١) بياض فى أ.
(٢) تقدم.
(٣) تقدم.

الثالث: إنما تكون بإتيانه الإمام، فإن ترك ما هو عليه: لم يسقط الحد.

وفيما يسقط عنه بالتوبة أربعة أقوال:

الحد فقط، والحد، وحقوق الله -تعالى - من الزنى، والسرقة، والخمر، دون حقوق الناس، ويسقط ذلك مع الأموال إلّا ما وجد بعينه رد، ويسقط ذلك مع الدعاء إلّا ما وجد بعينه.

تنبيه: اشترك القذف، والحرابة فى اشتمالهما على حق الآدمى، لكن فى القذف: لمعين، فيمكن من إسقاطه، وفى الحرابة: لعموم المسلمين، فيتعذر إسقاطه بعد القدرة، وغلب قبل القدرة حق الله - تعالى - مع ملاحظة عظم المفسدة، فرغب صاحب الشرع فى التوبة.

فرع: فى الكتاب: تجوز عليهم شهادة من حاربوه إن كانوا عدولًا يتعذر غيرهم، شهدوا بقتل، أو أخذ مال، أو غيره، ولا تقبل شهادة أحد منهم لنفسه، بل بعضهم لبعض.

قال اللخمى: إن اعترفوا بالحرابة، والمال للرفقة: انتزع منهم، ويأخذ كل واحد ما سلمه له أصحابه، وإن تنازع اثنان: تحالفا، واقتسما، فإن نكل أحدهما: أخذه الحالف، وإن بقى شيء لم يدعه أحد: انتظر طالبه، وإن تنازع اثنان، أحدهما من الرفقة، والآخر من غيرها: صدق[1] الذى من الرفقة، ويحلف إن أتى الآخر بشىء، وإن ادعى المحاربون المتاع، وأقروا بالحرابة: ترك لهم إن لم يدعه غيرهم، وتقبل شهادة الرفقة؛ لأنه حد لله -تعالى - ولا تقبل شهادة أب لابنه فى المال، وتقبل مع غيره إن قتل ابنه أو أباه؛ لأنه حد لا قصاص، لا يدخله العفو، وإن شهد بذلك بعد التوبة: امتنع؛ لأنه حق له يدخله العفو، وتقبل شهادة الأجنبى؛ لأنهم إن قالوا: قطعنا عليكم، فقد تقوى التهمة، وإن أقروا فقد صدقوهم.

قال اللخمى: إن صدقوهم فى قطع الطريق، وادعوا بعد ذلك أنهم لم يأخذوه: منعت الشهادة للعداوة.

وإذا حبس المحارب بشهادة واحد، وهو مشهور بالفساد: أخرجه، وأشهره لينظر إليه المسافرون، فيشهدوا عليه، وإن عظمت شهرته حتى يعرف باسمه كذلك، فمن

---

(١) فى ط: يبدأ.

شهد أنه قاطع بالاستفاضة واشهد أخذ المال، والقتل، وغيره: قتل بهذه الشهادة، وهذا أعظم من شاهدين على العيان.

وقال محمد: إذا استفاض ذلك: أدبه وحبسه، فإن افترق المأخوذ منهم المتاع، وأتى من ادعى بعضه(١): انتظر به قليلًا، فإن لم يطلبه غيره: حلف، وأخذه، قاله مالك.

ويضمنه إن أتى أحد، وأثبت بالبينة أنه له، ضمنه، وإنما يدفع لمن ادعاه بغير بينة إذا وصفه، كما توصف اللقطة، واختلف هل يلزم كفيلًا؟

وإن ادعاه اثنان، ونكلا عن الحلف: لم يأخذاه، بخلاف النكول قبل الافتراق، ولأن المتاع لا يعدوهما قبل الافتراق، وإن قال المحارب: المتاع لى، وهو كثير لا يملك مثله: صدق حتى تقوم بينة لغيره.

فى النكت: إذا دفع له المتاع، وضمنه، وهلك بأمر من الله - تعالى -: لا يضمنه إن أخذه بشاهد، ويمين، أو بينة، ثم جاء ما هو أقطع من ذلك.

وفى الجواهر: إذا شهدوا لأنفسهم مع الشهادة لغيرهم، كقولهم: أخذوا مال رفاقنا، ومالنا: ردت الشهادة، إلّا أن يكونَ مالهم يسيرًا، فيجوز لهم ولغيرهم.

فرع: فى الكتاب: إذا قامت بينة على محارب، فقتله أحد قبل تزكية البينة: فإن زكيت أدبه الإمام؛ لأنه إنما جنى على حق الإمامة، وإلا قتل؛ لأن الأصل: عصمة الدم.

فرع: قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إن ولى اللص [مدبرًا]:(٢) لا يتبع، ولا يقتل، إلا إن قتل، ويقتل الأمير من اللصوص إذا قتل، وإن لم يبلغ الإمام، ومتى قتل واحد منهم، قتلوا كلهم ولو كانوا مائة ألف.

قال سحنون: يتبع المحارب، ويجهز عليه.

وقال ابن القاسم: لا يجهز عليه؛ لاندفاع شره.

فرع: فى المقدمات: إن ارتد، وحارب فى ردته، فقتل، وأخذ المال: قتل، ولا يستتاب كما(٣) يستتاب المرتد، ولا ينفذ عفو الأولياء عنه؛ لأن الحرابة حقها

(١) فى ط: عينه.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: لم.

لعامة المسلمين، حارب ببلد الإسلام، أو دار الحرب، فإن أسلم المحارب فى ردته بعد أن أخذ، وقبل أن يؤخذ، وحرابته ببلد الحرب: فهو كالحربى يسلم، لا يتبع بما صنع فى أرض الحرب، أو فى بلد الإسلام، سقط حكم الحرابة وحده، ويغرم المال، ويتبع إن لم يكن له مال، كالمستهلك بغير حرابة، ويحكم عليه فى القتل والجراح بما يحكم به على المرتد إذا فعله، ثم أسلم، وهذا أصل اختلف فيه قول ابن القاسم، فمرة نظر للقود والدية يوم الفعل، ومرة يوم الحكم، ومرة فرق، فجعل القود يوم الفعل، والدية يوم][1] الحكم.

فعلى اعتبار يوم الفعل فى الجناية، والدية: إن قتل مسلمًا، أو نصرانيًا عمدًا: أقيد منه؛ لأنه كافر يوم الفعل، والكافر يقتل بالكافر، والمسلم بالمسلم، أو خطأ: فالدية على المسلمين؛ لأنهم ورثته يوم الجناية، ولا عاقلة له يومئذ، وعلى ملاحظته يوم الحكم: يقتل بالمسلم دون النصرانى، والدية فى ماله، وإن قتلهما خطأ: فعلى العاقلة؛ لأنه يوم الحكم مسلم، وعلى هذا يجرى القول الثالث.

وفى النوادر: لو لحق بدار الحرب، فقاتلنا، وأسرناه: استتابه الإمام، وقبل توبته، وإن أبى: قتله على الردة، والحرابة، فإن تاب: لزمه حق الله، وحق الناس، ولا يزيل ذلك عنه ردته، قاله عبد الملك.

فرع: فى النوادر: قال مالك: إن ظفرت باللص - وهو مشهور - فارفعه إلى الإمام، وإلا فالستر أحسن وليس بالبين.

فرع: فى الجواهر: حكم المحارب فى الغرم حد أم لا، موسرًا أم لا، حكم السارق.

قال سحنون: إذا أخذ، ووفره متصل: لزمه المال، وصداق المكرهة، وقيمة المستهلك، ودية النصرانى، وقيمة العبد، وإن لم يتصل وفره: لم يتبع بشىء، وإن لم يجد: لزمه ذلك فى ماله وذمته.

فرع: قال: الجرح السارى يحتمل القتل.

فرع: قال: إذا اجتمعت عقوبات الآدميين: كالقذف، والقطع، والقتل، وطلبوا: جميعًا جُلِد، ثم قتل، ودخل القطع فى القتل، وحدود الله - تعالى - كالخمر،

---

(١) سقط فى أ

والزنا، والسرقة، فالقتل يأتي على ماقبله.

فرع: قال: إذا اشتهر فلان بالحرابة، فشهد عليه من يعرفه بعينه: أن هذا فلان المشهور: حُد.

الجناية السادسة: فى حد السرقة

وأصله: قوله - تعالى -: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِ﴾ [المائدة: ٣٨] وفيه نظران.

النظر الأول: فى الموجب، وهو السرقة

ولها ثلاثة أركان:

الركن الأول: السارق

وفى الجواهر: شرطه: التكليف، فلا يقطع الصبى، ولا المجنون، لقوله - عليه السلام -: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، والْمَجْنُونِ حَتَّى يفيقَ، وَالنَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ»

وفى الكتاب: لا يحد الصغير حتى يحتلم الغلام، وتحيض الجارية، أو يبلغا سنًّا لا يبلغه أحد إلا بلغ.

قال مالك: ويحد بالإنبات.

قال ابن القاسم: أحب إلىَّ ألا يُحكم بالإنبات.

قال ابن يونس: قال محمد: إنما يعتبر الإنبات البين الأسود، والسن: ثمانى عشرة سنة.

وقال بعض البغداديين: الاحتلام من المرأة بلوغ، وإن لم تحض.

قال يحيى بن عمر: كل شيء بينه وبين الله - تعالى - يقبل قوله إنه لم يحتلم، وما يطلب به من حد ونحوه: [لا ينظر لإنكاره البلوغ، ويحكم بالإنبات][1]؛ كما جاء فى الحديث: « يُنْظَرُ إِلَى مِئْزَرِهِ».

قال اللخمى: ويعتبر فى البلوغ حبل المرأة، ومتى اعترف الصبى بالآحتلام حد، وينظر إلى إنبات الجارية النساء.

---

(١) فى أ: لا ينظر لإنظاره البلوغ بالاحتلام والإنبات.

وفى الركن ثلاثة فروع:

الأول: فى الكتاب: يقطع الذمى؛ لأن السرقة من الفساد فى الأرض، وكذلك الذمية، ومن فيه بقية رق، والحربى إذا دخل بأمان، فإن أفاق المجنون، فسرق حالة إفاقته: قطع، أو أخر إلى إفاقته.

الثانى: قال: إن سرق رجل مع صبى، أو مجنون: قطع المكلف وحده.

قال أشهب: إذا سرق الأب مع أجنبى مال الولد، ما قيمته نصاب:

قال أشهب: أو ما يقع على الأجنبى منه أكثر من ثلاثة دراهم: لم يقطع الأجنبى؛ لأن الأب قد أذن له، فذلك شبهة، وكذلك الأجنبى مع عبدك، أو أخيك الذى ائتمنته على بيتك: لم يقطع واحد منهما.

قال محمد: ذلك إذا كان موضع إذن للعبد فى دخوله، وإلّا قطع الأجنبى دون العبد، وإن سرقا نصابًا فقط، والفرق بين هذا وشركة الأب: أن الصبى والمجنون لا يصح إذنهما.

قال اللخمى: الشركة ثلاثة: يسقط القطع عنهما، لا يسقط عن الثانى وإن سقط عن الآخر، يختلف فيه، والأول شركة الأبوين؛ لأنه أذن له من له شبهة، وكذلك شركة العبد، وإن لم تكن له شبهة، إذا لم يكن الموضع أذن له فى دخوله؛ لأن القطع لصون المال، وقطع العبد ضياعه، فلا يقطع شريكه، وإن كان الأجير سرق مع الأجنبى من موضع لم يؤذن له فى دخوله: قطعا[1]، والثالث: شركة الابن والأجنبى سرقا من والده أو أحد الأجداد، إذا أدخله، فإن أسقطنا القطع عمن أدخله: لم يقطع الأجنبى، وإن لم يسقط عن الإذن قطعنا الأجنبى، وكذلك الأجنبى مع الزوجة، أو الضيف، خلاف.

وإذا أخرج البالغ، أو العاقل سرقة، والصبى، أو المجنون أخرى: لم يقطع المكلف إلّا أن يكون فيما أخرجه نصاب، وكذلك العبد، والأجنبى، وإن حملاها بينهما: لم يقطع الأجنبى، إلا أن تكون قيمتها نصف دينار.

الثالث: فى الجواهر: يستوى فى القطع الحر والعبد، والرجل والمرأة، وسواء سرق المعاهد من ذمى، أو مسلم، وإن لم يترافعوا إلينا؛ لأنه من الظلم الذى لا يقر

---

(١) فى ط: قطع.

بينهم.

وفى النوادر: إن سرق العبد من متاع امرأة سيده من بيت أذن له فى دخوله: لم يقطع، وإلا قطع، إن كان مستسرًا، قاله مالك.

وكذلك عبد الزوجة يسرق مال الزوج، والمكاتب كذلك.

وإن سرق عبد لك فيه شركة من مالك: لم يقطع، وإن سرق عبدك، أو مكاتبك، أو مدبرك من مال عبدك، أو مكاتب، أو مدبر: لم يقطع؛ لأنه كمالك، والحكمة الشرعية تأبى إفساد مالك بالقطع لمالك.

وفى الحديث[1] «عَبْدُكُمْ سَرَقَ مَتَاعَكُمْ» ومن سرق من مال ابن سيده: قطع لاستقلال الملك، أو من وديعة عندك من بيت لم يؤمن[2] على دخوله: لم يقطع، أو من مالٍ لك فيه شرك أكثر من نصيبك بنصاب: قال مالك: يقطع إن أحرزه الشريك عنك، وإلا فلا، واختلف فيه قول مالك.

وروى محمد بن خالد: إن سرق العبد من مال ابنه الحر، أو ابنه العبد: لا يقطع؛ لأن مال ابنه ماله حتى ينتزعه سيده.

قال ابن القاسم: إن جمعت زكاة لتقسمها بين المسلمين، وأغلقت عليها، فسرق عبدك منها: قطع؛ لأنك لم تأمنه على دخوله، والمال للمسلمين.

قال مالك: وإن ائتمنته: لم يقطع.

قال ابن القاسم: إن سرق عبيد الخمس من الخمس، أو عبيد الفىء من الفىء: قطعوا.

الركن الثانى، المسروق، وله ستة شروط:

الشرط الأول: النصاب.

وفى الكتاب: إن سرق زنة ربع دينار ذهبًا: قطع، وإن كانت قيمته درهمًا، وإن نقص الوزن: لم يقطع، فإن ساوى أكثر من ثلاثة دراهم: قطع، وكذلك الفضة، وإنما يقوم غير الذهب والفضة، فإن وصلت قيمته ثلاثة دراهم: قطع، وإن لم يصل ربع دينار من الذهب، وإن ساوى ربع دينار من الذهب، ولم يساو ثلاثة دراهم: لم

(١) أخرجه مالك موقوفًا فى الموطأ (٢/٨٣٩) حديث (٣٣).

(٢) فى ط: يؤمره.

يقطع، وإنما يقوم بالدراهم، ودينار السرقة والدية: اثنا عشر درهمًا، ارتفع الصرف أو انخفض، ووافقنا أحمد: أن أصل الورق ثلاثة دراهم.

وقال (ح): النصاب دينار، أو عشرة دراهم، وبها يقوم.

وقال ش: النصاب ربع دينار، وتقوم الدراهم بالذهب، فإن ساوت ربع دينار ذهبًا، وإلا فلا، وكذلك العروض.

وإن ساوى ربع دينار الذهب أقل من ثلاثة دراهم: لم يقطع.

لنا: قوله - تعالى -: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ﴾ [المائدة: ٣٨]، ولم يفرق، فلا يشترط الدينار، بل يكفى أقل المال، ولو فلس، وقد قال به جماعة.

وفى الصحيح: قال - عليه السلام -: «لَعَنَ اللهُ السَّارِقَ يَسْرِقُ الْبَيْضَةَ فَيُقْطَع»[1]، وفى الصحيح: «يُقْطَعُ السَّارِقُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا»[2] وفيهما: «قَطَعَ - عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي مجنٍّ قِيمتهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِم»[3]، [وفى أبى داود: «قطع ﷺ مَنْ سَرَقَ تُرْسًا مِنْ صُفَّةِ النِّسَاءِ ثَمَنُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ»[4]، ومذهبنا مروى عن أبى بكر، وعمر، وعثمان، وعائشة، وغيرهم من غير نكير فكان إجماعًا.

احتجوا بما روى أنه - عليه السلام - قطع فى مجن قيمته عشرة دراهم[5]، وأنه - عليه السلام - قال: «لَا قَطْعَ فِي أَقَلَّ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ»[6]، ولأن تعارض الأخبار شبهة توجب سقوط الحد.

---

(١) أخرجه البخارى (١٢/ ٨٣) فى الحدود: باب لعن السارق إذا لم يسم (٦٧٨٣)، وطرفه فى (٦٧٩٩)، ومسلم (٣/ ١٣١٤) كتاب الحدود: باب حد السرقة (٧-١٦٨٧).

(٢) أخرجه الشافعى (٢/ ٨٣) الباب الثانى فى حد السرقة (٢٧١)، والبخارى (١٢/ ٩٩) كتاب الحدود: باب قول الله -تعالى-: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ (٦٧٨٩)، وطرفه فى (٦٧٩٠-٦٧٩١)، ومسلم (٣/ ١٣١٢) كتاب الحدود: باب حد السرقة ونصابها (١-١٦٨٤).

(٣) من حديث ابن عمر - رضى الله عنهما-: أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٨٣٢)، كتاب الحدود: باب ما يجب فيه القطع (٢١) والبخارى (٦٧٩٥)، ومسلم (٦/ ١٦٨٦).

(٤) أخرج أبو داود (٤٣٨٦) من حديث عبد الله بن عمر.

(٥) أخرجه أبو داود (٤٣٨٧)، والنسائى (٨/ ٨٣)، والحاكم فى المستدرك (٤/ ٣٧٨) من حديث ابن عباس.

(٦) أخرجه الطبرانى، كما فى المجمع. وانظر الكلام عليه فى «نصب الراية» للحافظ الزيلعى (٣/ ٣٥٩).

وجواب الأول: القول بالموجب؛ فإن القطع فى العشرة متفق عليه، ولا يلزم منه ألا يقطع فى أقل منه.

وعن الثانى: أن أخبارنا أرجح للاتفاق على صحتها، وموافقتها لظاهر القرآن، والراجح لا شبهة معه.

واحتج (ش) بما فى الحديث: «لَا قَطْعَ إِلَّا فى رُبْعِ دِينَارٍ» والدينار اسم الذهب دون غيره، فنفى القطع فى غيره صريحًا.

وأما قوله: «ثمنه - أو قيمته - ثلاثة دراهم» فقضية عين يحتمل أنها أصل، أو أنها وصلت ربع دينار، فيسقط، ويرجع إلى الصريح، وهو كما لو قال: قيمته عشرة آصع من التمر، فيعلم أن الآصع وصلت ربع دينار، وإنما خصص الدراهم بالذكر؛ لأنها غالب نقد البلد، فلا يكون النصاب إلا الذهب وغيره.

والجواب على هذا الكلام - وإن كان فرضًا[1] -: أن عائشة، وابن عمر، وغيرها من الرواة إنما ذكروا الدراهم؛ لبيان تأسيس [قاعدة النصاب][2]، فوجب أن تكون هى المعتبرة، ولو كان الذهب هو الأصل - فقط - لعينه الراوى؛ لأنه لا ضرورة إلى ذكر غيره، ولأن باب الذهب فيه أصل، فوجب أن تكون الفضة أصلًا - أيضًا - [كالزكاة][3]

ولهم قلب هذا القياس، فيقولون: فلا يختص التقويم بالدراهم كالزكاة، وبالجملة: الموضع محتمل، وكلاهما قوى.

تفريع

فى التنبيهات: يختص التقويم بالدراهم، كانت المعاملة بالدراهم فى البلد، أو بالذهب، قاله معظم الشيوخ والشراح.

وقال ابن عبد الحكم: يختص النصاب بالذهب كما قال (ش).

قال بعض الشيوخ: وهو الأصل؛ لظاهر الحديث المتقدم.

وقال جماعة من البغداديين، والمغاربة: إن التقويم بنقد البلد كيف كان: دراهم أو ذهبًا، وإن معنى ما فى الكتاب محمول على أن المعاملة بالدراهم حينئذ، وإن

(١) فى ط: قويًا.
(٢) فى أ: القاعدة النصاب.
(٣) سقط فى أ.

كانت المعاملة بهما جميعًا: فأكثرهما، كسائر التقويمات.

في المقدمات: وقد قال في الكتاب: في الذهب أرسلت منه بربع دينار: قطع، فاعتبر الذهب.

وفي الشاة[١]: إن كانت قيمتها يوم خرج بها ربع دينار: قطع، فنصوص الكتاب تشير إلى ما[٢]، قاله هذا القائل.

قال صاحب النكت: التقويم عند مالك بالدراهم في بلد تباع فيه العروض بالدراهم، أو بالدراهم والدنانير، فإن كان إنما يباع بالعروض: فبالذهب، ويحمل الحديثان على حالين.

وقوله: إنما تقوم الأشياء بالدراهم، يريد: في بلد تباع فيه العروض بالدراهم خاصة، وإن كان يباع بالدراهم والدنانير، استحب التقويم بالدراهم.

وقال بعض الصقليين: إذا كان البلد لا يتعامل فيه بالنقدين، بل بالعروض: قومت بالدراهم في أقرب المواضع المتعامل فيها بالنقدين، فإن سرق نصف ربع دينار ذهبًا، ودرهمًا، ونصفًا: قطع، أو عرضًا قيمته درهم ونصف، وورق، أو ذهب نصف نصاب.

قال ابن القاسم: إن نقصت الثلاثة دراهم خروبة: لم يقطع؛ لأن نقصانها ربع درهم، أو خمس.

قال أصبغ: يقطع في مثل الحبتين من كل درهم.

قال بعض القرويين: إن كان في الدراهم نحاس كثير: اعتبر ما فيها من الفضة، إلّا أن يكون النحاس يسيرًا جدًا، والنحاس المكسر عرض يقوم، ويكمل بقيمة النصاب.

قال ابن دينار: ويعتبر في المصاغ وزنه دون قيمته.

وقال جماعة من الصقليين: تعتبر في الحلي المربوط بالحجارة وزنه الحلي، وقيمة الحجارة، كانت تبعًا، أو الحلي تبعًا.

[نظائر][٣]: الدنانير خمسة:

دينار السرقة، والدية، والنكاح: اثنا عشر درهمًا.

---

(١) في ط: الشاذ.
(٢) في أ: الذهب.
(٣) بياض في أ.

ودينار الجزية، والزكاة: عشرة دراهم، قاله ابن يونس.

فرع: فى الكتاب: إن سرق ما قيمته ثلاثة دراهم، وهى لرجلين: قطع؛ لأنه نصاب، وإن سرق ما قيمته ثلاثة دراهم من الطعام الذى لا يبقى، كاللحم، والقثاء: قطع، والأترجة التى قطع فيها عثمان - رضى الله عنه - كانت تؤكل لا ذهبًا، وقاله (ش). وقال (ح): لا يقطع.

لنا: عموم الكتاب، والسنة، والقياس بجامع المالية.

احتجوا بقوله - عليه السلام -: «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا كثرٍ»[(١)]، ولأنه يفيد البقاء، فضعفت ماليته عن صور الإجماع.

والجواب عن الأول: أن بقية الحديث: «فَإِذَا أَوَاه الْجَرِينُ فَفِيهِ الْقَطْعُ»[(٢)].

وعن الثانى: إنما يرد الفرق على المثبت بالقياس، أما عمومات النصوص، فلا تخصص بالفروق، فإنه يمكن أن يقال فى قوله - تعالى -: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ﴾ [الأنعام: ١٥١]: مخصص بالرجال، أو بالعلماء؛ لأن من عداهم أنقص رتبة، وقد قطع عثمان فى الأترجة، وقوّمها بثلاثة دراهم، ولم ينكر عليه أحد، فكان إجماعًا، ولو كانت ذهبًا لم تقوم.

فى التنبيهات: قيل: كانت ذهبًا قدر حمصة يجعل فيها الطيب.

فرع: فى الكتاب: سارق الماء، والحجر إذا كانت قيمته ثلاثة دراهم: يقطع. وكذلك البازى، وكذلك سباع الوحش إن كانت قيمة جلودها - إذا ذكيت - قبل أن تدبغ نصابًا؛ لأن لصاحبها بيع جلود ما ذكى منها، والصلاة عليها وإن لم تدبغ.

فرع: قال: إن سرق عبدًا فصيحًا كبيرًا: لم يقطع، أو أعجميًا: قطع، وكذلك الصبى الصغير، وخالفنا الأئمة.

لنا: عموم الآية، والاسم صادق على سارق الصبى الحر، وغيره، وذكر عند

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٨٣٩) (٣٢)، وأحمد (٣/ ٤٦٣-٤٦٤)، (٤/ ١٤٠-١٤٢)، وأبو داود (٤٣٨٨)، والنسائى (٤٩٦٧)، والبيهقى (٨/ ٢٦٢، ٢٦٣)، والترمذى (١٤٤٩)، وابن ماجه (٢٥٩٣)، وابن حبان: ذكره الهيثمى فى موارد الظمآن (١٥٠٥)، والنسائى (٤٩٦٨)، والبيهقى (٨/ ٢٦٣) عن رافع بن خديج.

(٢) أخرجه أبو داود (٤٣٩٠)، من حديث عبد الله بن عمرو بلفظ «... ومن سرق شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع ...»

النبى ﷺ سارق الصبيان، فأمر بقطعه[١].

وهو نص فى التسمية والحكم، ولأنه نفس مضمونة بالجناية، فيقطع بسرقتها كالبهيمة، أو بجامع أنه غير مميز سرق من حرزه، أو قياسًا على المملوك.

احتجوا بقوله - عليه السلام -: «لَا قَطْعَ إِلَّا فِى رُبْعِ دِينَارٍ» وهذا ليس بربع دينار، فلا يقطع، ولأن الحر لا يحرز فى العادة، فهو سارق من غير حرز، وقياسًا على الكبير النائم.

والجواب عن الأول: أنه عام فى أفراد القطع، مطلق فيما يقطع فيه، وقد عين من ذلك المطلق ربع دينار، فمفهوم الحصر يقتضى نفى القطع عن غيره، فيختص ذلك المفهوم بذلك الجنس وهو الأموال، سلمنا عمومه، لكنا نخصصه بالأدلة المتقدمة، وبأنه إذا سرقه[٢] أبطل نسبه[٣] بالبيع، وميراثه، وحد قذفه وديته، وإن كانت أنثى: أحل فرجها، وأسقط صداقها، وقطع ولاية أوليائها، وهذا من الفساد العظيم فى الأرض، أعظم من ربع دينار، والفساد قد جعل الله -تعالى- فيه القطع، والقتل فى الحرابة.

وعن الثانى: أنه يجعل معه من يحفظه، أو فى مكان يغلب على الظن أنه لا يفارقه، فهو حرز له: كالغنم فى المراح.

وعن الثالث: الفرق: أنه لا يحل، ولا يمكن من بيع نفسه، بخلاف الصغير.

قال ابن يونس: قال أشهب: ذلك إذا كان الصغير لا يعقل، وإلا قطع.

وقال عبد الملك: لا قطع مطلقًا.

قال اللخمى: إن سرق حليه وهو كبير يحرز ما عليه، أو صغير، أو معه من يحفظه، أو فى دار أهله: قطع.

أو صغيرًا لا يحفظ ما عليه، خارجًا من دار أهله، أو فيها، والسارق أذن له فى الدخول: لم يقطع.

---

(١) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٢٠٢) (٣٥٩)، والبيهقى (٨/ ٢٦٨) من حديث عائشة، والحديث موضوع. انظر الإرواء (٨/ ٦٧).

(٢) فى ط: سبقه.

(٣) فى ط: نفسه.

قال ابن القاسم: أو أخذ على وجه الخديعة، أو كابره: فيه الأدب إن كان كبيرًا، والصغير علمه، وعدمه سواء.

وفى المنتقى: حكى فى الجلاب روايتين [فى](١): خلخال الصبى، أو شىء من حليته: القطع، إن كان فى دار أهله، أو بنائهم(٢)، والأخرى: عدم القطع مطلقًا، ولم يذكر تفصيلًا، فيحمل على الصغير الذى لا يمنع نفسه.

فرع: فى الكتاب: إن سرق ثوبًا لا يساوى ثلاثة دراهم فيه دراهم لم يعرف بها: قطع فى الثوب، ونحوه مما عادة الناس الدفع فيه، بخلاف الخشبة، والحجر، لا يقطع إلا فيما قيمته نفسه نصاب.

قال ابن يونس: قال بعض فقهائنا: لو سرق خرقة، العادة عدم الدفع فيها لزناها(٣): لم يقطع بما فيها إذا لم يعرف به.

قال أصبغ: إن سرق ليلًا عصًا مفضضة، وفضتها ظاهرة فيها أكثر من ثلاثة دراهم، وقال: لم أر الفضة بالليل، وظن به ذلك: لم يقطع، كما لو كانت الفضة داخلها.

فرع: فى الجواهر: إن سرق دون النصاب، ولم يعلم به حتى سرق قيمته: قال أشهب: لا يقطع حتى يخرج فى مرة ما قيمته ثلاثة دراهم؛ لأنه لم يصدق عليه أنه أخرج نصابًا من حرز.

وقال سحنون: إن كان فى فور واحد قطع؛ لأن هذا من وجه الحيلة على أموال الناس.

فإن أخرج نصابًا من حرزين: قال عبد الملك: لا يقطع كالنصاب فى مرتين، وإن كان لرجل حانوتان فى دار، فسرق رجل من كل واحد درهمًا ونصفًا: لم يقطع إن كانت دارًا مشتركة، وإن خرج ذلك من الدار كلها: قطع، ولو لم تكن مشتركة، وأخرج ذلك من الدار كلها: قطع، وإن أخر فيها: لم يقطع.

فرع: قال: المعتبر فى قيمة المنفعة المقصود من العين عادة، وشرعًا، فيقوم

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: بنائهم.
(٣) فى ط: لزنا بها.

الحمام المعروف بالسبق، والإجابة على أنه ليس فيه ذلك: لأنه لهو[١]، وتقوم سباع الطير المعلمة بتعليمها.

وعن أشهب: التسوية بينهما، وهو نحو قول مالك فى قتل المحرم إياه.

فرع: فى الكتاب: يقوم السرقة أهل العدل، والنظر، فإن اختلفوا، واجتمع عدلان: قطع، وإلّا فلا يقطع برجل واحد، لعظم شأن الحدود.

قال الطرطوشى: قال مالك: تعتبر القيمة يوم السرقة لا يوم القطع، لعدم الحكم بالقطع والتقويم أم لا، فإن تعارض فى التقويم عدلان، وعدلان: حكم بأقربهما إلى السداد، ووافقنا (ش).

وقال (ح): إن نقصت قبل القطع: امتنع القطع، ووافقنا على أنه: إن نقصت [لهلاك][٢] بعضها، أو هلاكها: لا يسقط القطع.

ومنشأ الخلاف[٣]: النظر إلى حال النهاية؛ لأنه لو رجع الشهود: بطل القطع، ونحن نعتبر حال الابتداء؛ بدليل نقصان العين فى ذاتها.

لنا: الآية، والأخبار المتقدمة فى النصاب، والقياس على نقصان العين، بل أولى؛ لأن حوالة الأسواق لرغبات الناس، وهو أمر خارج عن العين، ويرجى زواله، ولأن القطع شرع؛ زجرًا عن الجرأة على الأموال، والجرأة حصلت وقت السرقة على النصاب، فتعين القطع.

احتجوا بقوله - عليه السلام -: «لَا قَطْعَ إِلَّا فِى رُبْعِ دِينَارٍ» وهذا ليس ربع دينار، ولأن القيمة مظنونة، فإذا وجدناها نقصت: اتهمنا المقومين، أو لا، فيكون بسببه يسقط الحد، ولأنه معتبر انتقض فيبطل الحد، كالرجوع عن الإقرار، والبينة ترجع.

والجواب عن الأول: أن «فى» فى الحديث للسببية؛ لاستحالة أن يكون القطع مصروفًا للنصاب، بل معناه: لا قطع إلا بسبب أخذ ربع دينار؛ لقوله -عليه السلام-: «فِى النَّفْسِ الْمُؤْمِنَةِ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ»[٤] أى: بسبب قتلها، وهو كثير.

وعن الثانى: أن الكلام - حيث كان النص - لتغير السوق، لا مع بقائه.

---

(١) فى ط: ينمو.
(٢) كلمة مطموسة فى أ.
(٣) فى أ: الغلط.
(٤) تقدم.

وعن الثالث: أنه يبطل بنقص العين، فإن فرقوا بأن نقصان العين يضمن لحق آدمى، فضمن لحق الله - تعالى - ونقصان القيمة لا يضمن لحق آدمى، فلم يضمن لحق الله - تعالى - أو لأن نقصان العين مضمون على السارق، فلما تقرر بدله فى ذمته: لم يسقط القطع لوجود النصاب: بعضه فى ذمته، وبعضه موجود.

لنا: حق الله - تعالى - تعلق بالعين دون القيمة؛ بدليل: أنه لو أكل الطعام فى الحرز لم يقطع، وأما حق الآدمى - وهو القيمة - فلا يترتب إلا عند عدم العين.

وعن الرابع: أن ما فى الذمة غير مسروق، والقطع فى غير المسروق باطل.

فرع: فى المقدمات: إن نقصت الدراهم نقصًا لا تتفق عليه الموازين: قطع، فإن كانت يتعامل بها عددًا، وتنقص ثلاث حبات كل درهم: ففى المدونة: لا يقطع، وإن جازت لجواز[1] الوازنة خلاف الزكاة.

والفرق: أن الاحتياط: إيجاب الزكاة، وعدم القطع، فيحصل الاحتياط بها.

الشرط الثانى: أن يكون غير مملوك للسارق، فلو سرق ماله المرتهن، أو من المستأجر، أو طرأ الملك بالإرث قبل الخروج من الحرز: فلا قطع.

وفى الكتاب: إن ورثه بعد الخروج، أو ملكه بهبة، أو غيرها: قطع، وقاله (ش).

وقال (ح): إذا ملكه بسبب من الأسباب: سقط القطع.

لنا: العمومات، والقياس [على خراب][2] الحرز، وهلاك العين، أو زنى بجارية، ثم ملكها. احتجوا بحديث صفوان فإنه قال: يا رسول الله، هو له، فقال رسول الله ﷺ: «هلا كان ذلك قبل ذلك»[3] دل على أنه لو وهبه له قبل القطع، ووصوله للإمام: سقط القطع، ولأنه لا يسمى حينئذ سارقًا إذا وهبه له، كما لو أكل الطعام داخل الحرز، ولأنه حد لا يجب مع الملك فلا يبقى مع الملك كالضمان،

---

(١) فى أ: وإن جاءت بجواز.

(٢) سقط فى أ.

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٨٣٤-٨٣٥) فى الحدود: باب ترك الشفاعة للسارق (٢٨)، ووصله النسائى (٨/ ٦٨-٦٩) فى السرقة: باب الرجل يتجاوز للسارق عن سرقته (٤٨٨٠)، وأبو داود (٤/ ١٣٨) فى الحدود: باب من سرق من حرز (٤٣٩٤)، وابن ماجه (٢/ ٨٦٥)، فى الحدود: باب من سرق من حرز (٢٥٩٥)، والحاكم فى المستدرك (٤/ ٣٨٠) وصححه، وأقره الذهبى.

بل أولى؛ لأن الضمان لا يسقط بالشبهة، والحد يسقط معها، وبالقياس على زنى المقذوف، وعلى رجوع الشهود، فإن الحدود تسقط.

والجواب عن الأول: أن الحديث يقتضى: أنه لو ترك رفعه لرسول الله ﷺ، وسكت عن القضية: لم يقطع، وحصل مقصود صفوان، فإنه هاجر، فكره أن يقطع مسلم من أجله، فتوسل فى ذلك بكل طريق، فقيل له: هلا قبل أن يأتينى به، والحديث نص لنا فى موضع الخلاف، فإن الهبة ما نفعت.

وعن الثانى: أنه إذا أكل لم تتحقق السرقة، وهى الإخراج من الحرز، بخلاف مسألتنا فى تحقيق السرقة.

وعن الثالث: الفرق: أن الضمان هو المطالبة، وهى متعذرة مع ماله المعين، والحد لا يتعذر مع الملك؛ لتحقق الجرأة سابقًا.

وعن الرابع: أن زنى المقذوف يورث شبهة أنه كان قبل ذلك يزنى، فيصدق القاذف. وطريان الملك لا يوجب توهم تقدمه، ولأن حده لزوال العار، وإن زنى ثبت العار، وأما رجوع الشهود فيخل بالسبب؛ لأنا ما علمناه إلا من قبلهم، وههنا السبب لم يختل.

[الشرط][1] الثالث: أن يكون محترمًا.

ففى الكتاب: لا قطع فى خمر، ولا خنزير، وإن كان لذمى، سرقه مسلم، أو ذمى، وللذمى قيمته.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: لا قيمة فيما حرمه الله - تعالى - وفيه الأدب، ولا قطع فى كلب الصيد؛ لأن رسول الله ﷺ حرم ثمنه[2]، ولا فى جلد الميتة: فإن دبغ، وقيمة الصنعة دون الجلد نصاب: قطع.

قال ابن يونس: قال أشهب: إن كانت قيمة الجلد المدبوغ نصابًا: قطع وإلا فلا.

قال مالك: لا يقطع فى كلب الصيد والماشية وقال أشهب: يقطع فى كلب الصيد والماشية، وهو على الخلاف فى جواز بيعه.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) تقدم.

قال أشهب: يقطع فى الزيت النجس، إن ساوى فى بيعه ثلاثة دراهم.

قال ابن حبيب: إن سرق الأضحية قبل الذبح: قطع، وبعده: لا يقطع؛ لأنها لا تباع، وإن سرق لحمها ممن تصدق عليه: قطع، وإن سرق مزمارًا أو غيره من آلات الطرب، وقيمته بعد الكسر نصاب: قطع، وإلا فلا، سرقه مسلم، أو ذمى من مسلم؛ لأن على الإمام كسرها عليهم إذا أظهروها، وإن كان فيها فضة نصاب علم بها: قطع، وإن سرق دفًّا أو كبرًا قيمته صحيحًا نصاب: قطع؛ للرخصة فى اللعب به.

قال اللخمى: ما جاز بيعه، وملكه: قطع به، وما لا يجوز بيعه، ولا ملكه: لا يقطع فيه إلا الحد[1]، ففيه قولان.

وما يجوز ملكه دون بيعه: قطعه ابن القاسم فيه دون أشهب، وقطع أشهب فى لحم الأضحية بعد الذبح؛ لأن المنع من بيعها لحق الله - تعالى - فأشبه حجارة المسجد.

وقال أشهب: يقوم البازى غير معلم، والمشهور أرجح، إلا أن يراد للهو، ولو قصد بالحمام حمل الأخبار لا اللهو: قومت عليه معلمة، ويقوم الصنم الخشب مكسورًا.

وعن ابن القاسم: أن الكبر، والدف: كالعود، لا يقوم غير خشبه.

وفى الجواهر: أوانى الذهب، والفضة المحرمة المأمور بكسرها: يقوم الذهب والفضة دون الصنعة.

الشرط الرابع: أن يكون الملك تامًّا قويًّا؛ احترازًا من الشركة.

ففى الكتاب: إن سرق الشريك من مال الشركة مما قد علق عليه: لم يقطع، وإن أودعاه رجلًا، فسرق أحدهما منه مما فيه من حصة شريكه نصابًا: قطع، وإلا فلا؛ لأن اختلاط الملك وشياعه شبهة.

قال ابن يونس: وعن مالك: إذا لم يأتمنه، ومنعه منه، وهو بيد أجنبى، أو بيد أحدهما، وقد حجره عن الآخر: قطع، فإن سرق عبد من مال شركة بين سيده، ورجل: فقولان لمالك.

---

(١) فى أ: الحر.

وقال أشهب: إن سرق فوق حق سيده نصابًا: قطع إن أحرزه شريك سيده عن السيد، وإن كان عند سيده: لم يقطع.

قال اللخمى: إن جعل الشريكان المفتاح عند رجل، فسرق الذى عنده المفتاح: [لم يقطع]، وإن كان المفتاح فى دار أحدهما؛ خوفًا من الآخر، قطع المخوف، وإلا فلا.

وفى الجواهر: يقطع سارق بيت المال، والغنائم وأهراء المسلمين، لحقارة ما يستحقه، أو لأن الملك لا يحصل إلا بالقسمة، وللإمام صرف هذه العين عنه بالكلية، ولم يقطعه عبد الملك إلا إن سرق ربع دينار زائدًا على سهمه؛ لأن له فيه شبهة، ولا يقطع من سرق من جوع أصابه.

قال الطرطوشى: قال سحنون: يقطع سارق بيت المال مطلقًا، بخلاف المغنم، [لأن بيت المال لا يجب إلا بعد أخذه، ولذلك يجرى فى وطء أمة من بيت المال... المغنم](١).

وقال (ش)، و (ح): لا حد مطلقًا؛ لشبهة الاستحقاق، والأعيان التى أصلها الإباحة: كالحطب، والصيد: يقطع فيه، وقاله (ش).

وقال (ح): لا يقطع فى الدجاج، والإوز، وسائر الحيوان، إلا أن يدخل العين صنعة: كالنجار للخشب صندوقًا.

ووافقنا على الخشب الثمين: كالساج، والعود، ونحوه، وعلى الذهب والفضة، وإن استخرجا من المعدن.

لنا: العمومات، والأقيسة المتقدمة.

احتجوا بقوله - عليه السلام -: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِى ثَلَاثٍ: الْماءِ، وَالْكَلأ، وَالنَّارِ»(٢)

---

(١) سقط فى أ.

(٢) هذا حديث مخرج من طريقين: الأولى: عن ابن عباس - رضى الله عنهما - عن ابن ماجه (٢٤٧٢) وعزاه الحافظ فى التلخيص (٣/ ٦٥) لابن السكن من طريق ابن عباس. وقال: فيه عبد الله بن خداش: متروك. وقد صححه ابن السكن إلا أن للحديث طرقًا أخرى يتقوى بها. ولابن ماجه من حديث أبى هريرة بسند صحيح: «ثلاث يُمنعن: الماء والكلأ والنار» (٢٤٧٣) (٢/ ٨٢٦) وللطبرانى بسند صحيح: عن زيد بن جبير عن ابن عمر.

والطريق الثانية: عن ابن خداش عن رجل من أصحاب النبى ﷺ: أبو داود (٣٤٧٧)، وأحمد فى المسند (٥/ ٣٦٤) ضمن مسند أحاديث رجال من أصحاب النبى ﷺ.

وعنه - عليه الصلاة والسلام -: «لَا قَطْعَ فِي الطَّيْرِ»[١] ولأن المجاز منها يشبه غير المجاز، وذلك شبهة، وأما الذهب والفضة: فلنا[٢]: على الإباحة؛ لأنها كانت للكفار.

وقالت عائشة - رضى الله عنها -: كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله ﷺ فى الشىء التافه. والماء تافه.

والجواب عن الأول: أن الشركة مختصة بما قبل الإحراز: كالغنيمة، وبيت المال؛ لتفسيق أخذ شىء منه بعد الحوز، والشريك لا يفسق.

وعن الثانى: منع الصحة.

وعن الثالث: أن الأجنبية تشبه الزوجة، والحد ثابت إجماعًا.

وعن الرابع: أن مال الكافر مباح، ومن سرقه بعد حوز المسلم: قطع، ولأن المعادن لا تملك بملك الأرض؛ لجواز بيع أرض فيها معدن ذهب، بذهب.

وعن الخامس: أن التافه جنسه، لا قيمته، والقطع فى القيمة.

وفى الكتاب: يقطع سارق المصحف، وقاله (ش)، ولم يقطعه (ح).

لنا: ما تقدم.

احتجوا بأنه يمتنع بيعه، فهو كأم الولد، ولأن فيه شبهة؛ لأن عليه أن يتعلم القرآن، فيتعلمه منه، أو رأى فيه لحنًا، فأخذه ليصلحه.

والجواب عن الأول: أنه يجوز بيعه.

وعن الثانى: لا نسلم أن المصحف يتعين التعليم منه.

وعن الثالث: لا نسلم أن اللحن يبيح أخذه، بل يقال له: فيه لحن، فأصلحه.

[الشرط][٣] الخامس: سلامته من شبهة الاستحقاق.

وفى الكتاب: إن سرق أحد الأبوين من مال الولد: لم يقطع، أو الجد من قبل الأم، أو الأب: أحب إلىّ ألا يقطعوا؛ لأنه أب، ولأن الدية تغلظ عليهم كالأب، وليس المسقط النفقة؛ لأنه لا يلزمه نفقة ابنه الكبير، ولا ابنته الثيب، ولا يقطع لهما، ولا يحد فى وطء جواريهما، ويقطع الابن ويحد فى وطء الجارية، وتقطع

---

(١) قال الحافظ بن حجر فى الدراية (٢/ ١٠٩): لم أجده. وينظر: نصب الراية (٣/ ٣٦٠).
(٢) فى ط: فليسا.
(٣) سقط فى أ.

المرأة إن سرقت من مال زوجها من غير بيتها الذى تسكنه، وكذلك جاريتها إن سرقت من مال الزوج أكثر[١] من حقها، وحق المرأة، والابن فى المال كحق صاحب الدين، ويشترط فى خادمها وخادمه الحجر عليها من بيت المال.

وإن سرق العبد، أو المكاتب من مال السيد: لم يقطع؛ لشبهة النفقة، أو لقوله عليه السلام: «عَبْدُكُمْ سَرَقَ مَتَاعَكُمْ».

وفى العتبية: إن سرق مال ابن سيده: قطع، أو السيد من مال عبده، أو مكاتبه، أو مكاتب ابنه، أو عبد ابنه[٢]: لم يقطع؛ لشبهة الانتزاع يومًا ما قال اللخمى: عن أشهب: لا يقطع الابن؛ لشبهة الإنفاق، كالأب، ولا يحد فى الزنى.

وقال ابن القصار: يقطع إن سقطت نفقته، وإلا فلا يقطع، كالبكر والذمى، فإن سرق من مال أمه، أو زنى: حد، أو ولد الولد من أحد أجداده، أو جداته: حد.

وعن أشهب: يقطع الجد؛ لعدم النفقة من مال حفيده.

وعن مصعب: يقطع العبد فى موضع حجب عنه.

وإن كان المال فى بيت واحد فى تابوت محجور عليه: فلابن القاسم فى قطع أحد الزوجين للآخر قولان.

ويختلف على قوله فى الضيف[٣]، وعدم قطع الزوجين أحسن إن كان الحجر تحفظًا من أجنبى، وإن خاف أحدهما الآخر: قطع، وإن سرق الزوج مما شورها[٤] به، ولم يبن بها: قطع على القول بوجوبه كله لها، وعلى القول أنه مترقب: لا يحد. وفى الكتاب: إذا أدخل الضيف داره وبيته فيها، فسرق منها: لا يقطع، وقطعه سحنون إن أخرجه إلى قاعة الدار؛ لأن الدار ليست بحرز للإذن فى دخولها، والبيت حرز.

وفى الجواهر: لا يقطع مستحق الدين إذا سرق من غريمه المماطل، حبس حقه.

وقال (ح): لا يقطع الزوجان مطلقًا، وكذلك المعتدة المبتوتة، والأصهار إذا سرقوا من بيت الأختان، والأختان من الأصهار، وكل ذى رحم محرم حتى الربيب للمرأة، أو الرجل.

---

(١) فى أ: لأن.
(٢) فى ط: أبيه.
(٣) فى أ: الصيف.
(٤) فى أ: سورها.

وعند (ش) ثلاثة أقوال: يقطع الزوجان، لا يقطعان، يقطع الزوج دون المرأة.
ووافقنا في الأصهار، وغيرهم.

لنا في القطع: العمومات، والأقيسة على الإجارة، والصديقين، والمداين.

احتجوا بأن العادة: أن كل واحد منهما ينبسط في مال الآخر، أما المرأة: فبالنفقة، وأما هو: فيحجر عليها في معنى الثلث، ويتجمل بمالها، ويفترشه، ويبتذله، ولأن الأبوة فرع المناكحة، والأبوة تمنع القطع، فأصلها أولى، أو نقول: متوارثان، فلا يقطع أحدهما للآخر كالابن مع الأب، ولقوله - تعالى -: ﴿وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَن تَأْكُلُوا۟ مِنۢ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ ءَابَآئِكُمْ﴾ [النور: ٦١] فذكر الأعمام، والعمات، والخال، والخالات، والإخوة، والأخوات، فتحققت الشبهة في مالهم.

والجواب عن الأول: أن العادة: وصول الأجر إليه، فلا يقطع، إنما النزاع فيما حجر فيه عليه، وأما النفقة: فمعاوضة كالإجارة.

وعن الثاني: أنه يبطل بجريان القصاص[1] بينهما[2] دون الأب.

وعن الثالث: الفرق بأن الأب أقوى لامتناع القصاص فيه دونهما.

وعن الرابع: أن «الصديق» في الآية، وهو يقطع اتفاقًا، وإنما الآية أذنت في الأكل، ولم تأذن في دخول المواضع المحجور عليها، وهي صورة النزاع، وقال - تعالى -: ﴿لَا تَدْخُلُوا۟ بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّىٰ تَسْتَأْنِسُوا۟ وَتُسَلِّمُوا۟ عَلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النور: ٢٧] فتلك الآية قوتها هذه.

[قاعدة][3]: الشبهة ثلاثة أقسام:

في غاية القوة، اتفق على اعتباره: كالشركة، وفي غاية الضعف، اتفق على إلغائه: كالأجير، والصديق، وقسم متردد بين القوة والضعف، اختلف في إلحاقه بأي القسمين.

الشرط السادس: أن يكون محرزًا، ووافقنا فيه الأئمة، وأكثر العلماء، وقالوا: فيه خبر صحيح.

في الموطأ: قال رسول الله ﷺ: «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ، وَلَا فِي حَرِيسَةِ جَبَلٍ،

---

(١) في أ: القرعة.
(٢) في ط: فيها.
(٣) بياض في أ.

فَإِذَا آوَاهُ الْمُرَاحُ أَوْ الْجَرِينُ: فَالْقَطْعُ فِيمَا بَلَغَ ثَمَنَ الْمِجَنِّ»[1].

فائدة:

قال صاحب المنتقى: شبه الثمر فى أشجاره بالخرائط المعلقة.

وفى التنبيهات: الحريسة: الماشية فى المراعى، والمراح - بضم الميم -: موضع مبيت الماشية، وقيل: منصرفها للمبيت، والجرين - بفتح الجيم: كالأندر للتمر، والمجن - بكسر الميم -: الترس.

هذا الحديث، وغيره يشعر باشتراط الحرز مطلقًا، وإن كان إنما ذكر فى هذين خاصة، فيكون فى غيرها بالقياس.

وفى هذا الشرط ستة فروع.

الأول: فى الكتاب: إن كان المسروق وديعة، أو عارية، أو إجارة: قطع؛ لأنه حرز له، أو سرق سارق من سارق ما سرقه: قطعوا كلهم؛ لأنهم سراق، ويقطع سارق ما وضع فى أقبية الحوانيت للبيع؛ لأنه حرز لمثله عادة، وكذلك المواقف، وإن لم يكن هناك حانوت، كان ربه معه أو لا، سرق بليل أو نهار، أو شاة وقفها ربها فى سوق الغنم للبيع مربوطة أو لا.

وكذلك ما أخذوا من الدور، والحوانيت، غاب أهلها أو حضروا.

وكذلك ظهور الدواب، وإذا اجتمع فى الجرين الحب والتمر، وغاب ربه، ولا باب عليه، ولا حائط، ولا غلق: قطع؛ لأنه محرز عادة، ولا يقطع فى المواشى فى المراعى حتى يأويها المراح، فيقطع، وإن لم يطلق على المراح حائط، أو غلق، ولا يبيت معها أهلها: كالدواب فى مرابطها المعروفة، ويقطع السارق من الحمام إن كان مع المتاع من يحرزه، وإلا فلا، إلا أن يسرقه أحد لم يدخل الحمام مدخل الناس من بابه: كالمتسور، والنقب، فيقطع؛ لأن هذا الوجه ليس مأذونًا فيه، فيقطع، وإن لم يكن مع المتاع حارس.

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٨٣١) عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبى حسين المكى مرسلًا، ووصله من حديث عبد الله بن عمرو أبو داود (٢/ ١٣٦-١٣٧) كتاب اللقطة (١٧١٠-١٧١١-١٧١٢-١٧١٣)، وأخرجه -أيضًا- (٤/ ١٣٧) كتاب الحدود: باب ما لا قطع فيه (٤٣٩٠)، والنسائى (٨/ ٨٥-٨٦)، فى قطع السارق: باب الثمر يسرق بعد أن يأويه الجرين (٤٩٥٨-٤٩٥٩).

وإن جرّ[١] ثوبًا منشورًا على حائط، بعضه فى الدار وبعضه خارج: فلا يقطع إن كان إلى الطريق.

وكذلك إن سرق متاعًا من ضيع، ومن أذنت له فى دخول بيتك، أو دعوته لطعامك: لم يقطع؛ لأنك لم تحرز عنه، وهذه خيانة.

فى التنبيهات: اختلف فى قوله فى الضيف: فقيل: معناه: لم يخرج به، ولو خرج من الدار لقطع، وقيل: معناه: وإن أخرجه وهو مذهب محمد.

وقال سحنون: يقطع وإن لم يخرج به، ومسألة الحمام تشكل على كثير ممن لم يذاكر، فيظن أن من لم ينقب لا يقطع، بل من دخل، وسرق من نقب، أو غيره ممن لم يدخل مع الناس داخل الحمام، أو اعترف أنه لم يأت ليدخل الحمام، بل ليسرق فقط؛ لأن سبب سقوط القطع الإذن فى لبس ثياب بعضهم بعضًا، وتنحيتها عن أماكنها، ويضع ثيابه مكانها، فإذا اعترف أنه ليس من أهل هذا الإذن: قطع، وقيل: إن سرق من الثياب التى فى الطيقان: قطع، كان من الداخلين للحمام أم لا؛ لأنه لم يؤذن فى التصرف فى الطيقان، وإنما هى لمن يسبق، إلا أن تكون لهم عادة فى التصرف فيها، أو تكون كبارًا تحمل ثياب جماعة كما توضع على الألواح.

وفى المنتقى: إن وقف صبى عند باب المسجد على دابة، فسرق رجل ركابى سرجها: قال مالك: إن كان الصبى قائمًا: قطع السارق؛ لأن ربها إنما جعل ذلك المكان حرزًا؛ بسبب يقظة الصبى، فإن كان نائمًا: فلا قطع؛ لعدم الحرز.

قال ابن يونس: ويقطع سارق ما يبسط فى المسجد فى رمضان للجلوس، إن كان معه صاحبه، وإن لم يخرج به من المسجد، وكذلك ما يعلق فى محارس الإسكندرية من السلاح والمتاع إن كان معه ربه، قطع، وإلا فلا، إلا أن ينقب الجدار من ورائه فيقطع، كان معه أحد أم لا.

ولا يقطع فى حلى الكعبة؛ للإذن فى دخولها.

قال ابن القاسم: يقطع فى حصر المسجد الحرام الذى لا باب له، وفى أبواب المسجد.

وقال أشهب: لا قطع فى حصر المسجد، وقناديله، وبلاطه؛ للإذن فى الدخول.

---

(١) فى أ: وأزجر.

وقيل: إن سرق الحصر نهارًا: لم يقطع، أو تسور عليها ليلًا بعد غلق الباب: قطع.
ويقطع فى القمح الذى يجمع فى المسجد من زكاة الفطر، وإن لم يخرج به، قاله مالك.

وقال ابن القاسم: يقطع فى ثوب الرجل يكون قريبًا منه فى المسجد، ثم يقوم فيصلى، فيتوجه القطع لقبضه قبل أن يتوجه به؛ لأن ذلك حوزه.

وإن سرق الطعام من المطامير فى الفلاة، أخفاه صاحبه: لم يقطع، بخلاف ما هو بحضرة أهله معروف، وأسقط القطع فى الثوب الذى بعضه للطريق بالشبهة، وعن ابن القاسم: يقطع كما على البعير.

واختلف قول مالك فيما على حانوت الصباغ، والقصار، وقال فى الغسال على البحر ييبس الثياب: لا يقطع، كالغنم فى المراعى.

قال محمد: لا قطع فى تمر رءوس النخل فى الحوائط، بخلاف نخلة أو شجرة فى دار رجل، يقطع، وإذا أوى الثمار الجرين، قطع إلا فى جرين الصحراء، ولا حائط عليه، ولا غلق؛ لأن الحديث إنما ورد فى الجرين الذى أهله حوله يحرسونه، وسوى ابن القاسم، لعموم الحديث.

قال مالك فى زرع مصر وقرظها يحصد، ويترك فى موضعه حتى ييبس: لا يقطع فيه؛ لأن الحديث اشترط: إذا أواه لجرين، وكذلك فى الزرع يحصد، فيجمع فى الحائط، فيحمل منه إلى الجرين، يقطع فيه؛ لأنه إذا ضم فى الحائط فى موضع، فهو كالجرين.

قال اللخمى: الحرز ثلاثة:

ما عليه غلق كالدار، والخباء، فيقطع من لم يؤذن له، والإنسان لما معه، أو عليه نائمًا، أو يقظان، أو شيء يحرسه، ولا خلاف فى هذين.

والثالث: لا غلق عليه، ولا حارس: كالفناء، والجبل، ففيه اضطراب.

وإن سرق فى الحمام مما يجعل فى الحصر: لم يقطع؛ لأن له أن يجعل حصيرة معها، ويوسع لثيابه، وإن سرق من الحارس من ليس له ثياب عنده: قطع، إلا أن يوهمه أن له عنده ثيابًا، أو أذن له فى النظر لم يقطع؛ للإذن، وإن ناوله ثيابه، فمد يده إلى غيرها: قطع، لذهاب الشبهة بأخذه ثيابه، وإن أذن له فى أخذ ثيابه من جملة

الثياب: لم يقطع؛ لأنه حائز[(١)] قال ابن القاسم فى الأضياف يسرق أحدهم: لم يقطع؛ لأنه بعد الإذن حائز[(٢)].

قال محمد: إن سلب بعضهم من كُمّ بعض، أو سرق رداءه، أو نعله: لم يقطع؛ لأن الحرز هو البيت لا الكُمُّ.

قال اللخمى: وليس بالبين إن سرق من الكم، والقطع أحسن؛ لأن كل واحد حرز لما عليه، ولأن كل واحد يأمن صاحبه على ما بين يديه، ولا يأمنه على كمه، ومن هذا سرقة أهل السفينة من بعضهم.

وعن أصبغ: يقطع فى حصر المسجد، وبلاطه، وقناديله؛ قياسًا على الباب، وقاله مالك، سرق ليلًا أو نهارًا، عليه غلق أم لا، وإن لم يخرج به من المسجد؛ لأن تلك المواضع أحراز لذلك.

وعن سحنون: إن خيط الحصر بعضها لبعض: قطع وإلا فلا، وأسقط أشهب القطع مطلقًا، للإذن، ورأى مالك أن الإذن ليس من المالك، وإنما هو شىء أوجبه الحكم، وجعل مالك الكعبة فى السرقة مثل المنازل: إن سرق حليها، وهى مغلقة: قطع، وإلا فلا، ولم يجعلها مثل المساجد، ويقطع فى بيت القناديل فيه الحصر وغيرها، وإن لم يؤذن فى دخوله.

قال عبد الملك: إن سرق فى الدار نعلًا: لم يقطع؛ لأنه جعل له تحريكها، وإبعادها، وجعل له [توسعة][(٣)] لنعله.

قال مالك: إن أدخله حانوته، فعرضها عليه، فسرق: لا يقطع؛ لأنه ائتمنه على الدخول، بخلاف أقبية[(٤)] الحوانيت.

وقال عبد الملك: يقطع.

وقال اللخمى: الأحوال ثلاثة:

إن أباح له التقليب فى صنف: لم يقطع فيه، أو من غيره: لم يقطع عند مالك، وقطع عند عبد الملك، وإن لم يؤذن له فى الدخول: قطع اتفاقًا.

---

(١) فى ط: خائن.
(٢) فى ط: خائن.
(٣) سقط فى أ.
(٤) فى أ: أفنية.

ويقطع فى تابوت الصيرفى، كان عنده أم لا، إلا أن يكون يتقلب به كل ليلة، فنسيه لم يقطع.

قال محمد: لا يقطع فى القطانى فى القفاف، أو فى أقبية الحوانيت، فقام صاحبها وتركها؛ لأنها مما يخف نقلها، فلم يجعل لها ذلك الموضع حرزًا، وإذا وقفت الغنم للبيع، وسرق منها من أذن له فى تقليبها: لم يقطع، وإلا قطع، وإن تعامل عليه رجلان: أحدهما يسوم ويقلب، والآخر يسرق: قطع السارق وحده.

قال اللخمى: الأحسن فى الشاة الواحدة فى السوق إذا ذهب عنها صاحبها: عدم القطع مطلقًا؛ لأنها لا تثبت وحدها فى ذلك الموضع، ولأنها مما يخف نقلها، واختلف: إذا سيقت الغنم من المرعى للمراح، أو أخرجت منه للمرعى، ومعها من يسوقها: هل يقطع؛ لأنها أواها المراح، أو لأنها ليست فيه؟

قال مالك فى الدواب تكون فى الربيع، ومعها قومتها: لا يقطع فيها؛ لأنه مرعى، بخلاف الدابة على باب صاحبها.

الثانى: فى الكتاب: إن سرق نخلة من مكانها، أو شجرة فى حائط: لم يقطع، كالثمار، فإن قطع الجذع صاحبه، ووضعه فى الحائط، فهو حرز له، فيقطع.

ويقطع سارق البقل إذا أواه حرزه، بخلافه قائمًا. وإن وضع المسافر متاعه فى خبائه، أو خارجًا من خبائه وذهب لحاجته: قطع فيه، وكذلك فسطاطه مضروبًا فى الأرض، أو احتل بعيرًا من قطاره فى سيره، وبان به، أو كفنًا من القبر، أو حل الطراز من داخل الكم، أو خارجه، أو أخرج من الخف ثلاثة دراهم، أو سرق من محمل شيئًا مستترًا، أو أخذ من ظهر البعير غرائر، أو شقها فأخذ منها، أو ثوبًا من على ظهر البعير مستترًا.

فائدة: فى التنبيهات: الطرار الذى يطر ثياب الناس، أى: يشقها عن أموالهم ليأخذها. والنطرول: بفتح النون وضمها، وبالنون من أوله وباللام:

قال ابن وهب: هو جنس من الشب، وقال غيره: غاسول يشبه الطفل.

قال ابن يونس: قال أشهب: إذا قطع الجذع، وألقى فى الحائط فى حرز، وله حارس: قطع.

قال محمد: إن قطعت للحمل حولها لم يقطع.

قال ابن القاسم: إذا أبعد الراعى بغنمه ودخل عليه الليل فى موضع غير مراح،

فجمعها وبات عليها: قطع سارقها؛ لأنه كالمراح.

قال الطرطوشي: أشار -عليه السلام - إلى اعتبار الحرز فى حديث الجرين، ولم يبين صفته، ووكله[١] إلى اجتهاد العلماء؛ ليعظم أجرهم.

والقاعدة: أن كل ما لا ينص على ضبطه يرجع فيه للعادة: كالنفقات، وغيرها، فحرز كل شيء على حسبه عادة.

قال مالك: القبر حرز لما فيه، كان فى البيت أو الصحراء، يقطع سارقه إن أخرجه إلى وجه الأرض، وإن كفن، وطرح فى البحر: قطع آخذ كفنه، شد إلى خشبة أم لا، ووافقنا أحمد.

قال (ش)[٢]: إن كان القبر فى دار، أو فى المقابر: قطع، أو فى الصحراء: فقولان مبنيان على أن الولى يضمن الكفن: فلا يقطع، أو لا: فيقطع.

وقال (ح): لا يقطع مطلقًا.

لنا: العمومات، والأقيسة على المنازل وغيرها، وقوله -تعالى -:

﴿أَلَمْ نَجْعَلِ الْأَرْضَ كِفَاتًا أَحْيَاءً وَأَمْوَاتًا﴾ [المرسلات: ٢٥، ٢٦] والكفت: الستر، فالدور كفات الأحياء، والقبر كفات الأموات.

وروى عنه - عليه السلام - أنه قال: «مَنْ غَرَّقَ غَرَّقْنَاهُ، وَمَنْ حَرَّقَ حَرَّقْنَاهُ، وَمَنْ نَبَشَ قَطَّعْنَاهُ»[٣]

وكتب ابن مسعود إلى عمر بن الخطاب - رضى الله عنهما - فى نباش، فأمر بقطعه، فقطعه.

وقطع ابن الزبير نباشًا فى عرفات وهو محرم، فلم ينكر عليه أحد، فهو إجماع الصحابة، ولأنه حرز تملكه، وهو على ملكه، فيقطع كالحى، وملك الميت إنما يزول عما لا يحتاج إليه؛ بدليل وفاء الدين من تركته، ولا تبرأ ذمته بغير ملكه.

احتجوا بأنه لا يسمى سارقًا، بل نباشًا، وعند أهل المدينة يسمى: المختفى، قالت عائشة - رضى الله عنها -: لعن الله المختفى والمختفية، وقال - عليه السلام -:

---

(١) فى أ: على.
(٢) بياض فى أ.
(٣) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٨/ ٤٣) وانظر الكلام عليه فى نصب الراية (٤/ ٣٤٣).

«لا قطع على المختفى»(١) ولأن القبر ليس بحرز؛ لأنه لا قفل عليه، ولأنه لا تحرز فيه الدنانير كسائر الأحراز، ولو دفن معه مال لم يقطع آخذه اتفاقًا، ولو كان حرزًا لكان حرزًا لما زاد على الكفن المعتاد، ولو كفن فى عشرة أثواب، فسرق الزائد على الكفن: لم يقطع، ولأن الكفن إنما يوضع للبلى، لا للحفظ، ولو وضع الكفن فى قبر بغير ميت لم يكن حرزًا له، ولو وضع الميت على شفير القبر: لم يقطع سارق كفنه، فالميت والقبر ليس حرزًا، والاجتماع لا يزيد على الانفراد، ولأنه ليس حرزًا للناس؛ لأنه لا يدخل بإذن الولى، ولا غيره، وإنما هو حرز لله -تعالى- والخلق عباد الله، والعبد لا يقطع من حرز سيده، ولأنه مال مدفون، فلا يقطع فيه كالبذر.

والجواب عن الأول: أنه سارق، لقول عائشة - رضى الله عنها -: سارق موتانا كسارق أحيائنا(٢). ويقال فى العرف: سرق الكفن، ولأن السارق: الآخذ خفية، والنباش كذلك.

وعن الثانى: مجمل الحديث على ما إذا لم يخرجه، أو له فيه شبهة؛ جمعًا بين الأدلة.

وعن الثالث: أن حرز كل شىء على حسبه، فقد يصلح حرزًا لشىء دون غيره؛ لأن ضابط الحرز العادة، والعادة فى الأموال مختلفة اتفاقًا، وهو الجواب عن الزائد فى الكفن، والمال مع الميت؛ لأنه خلاف العادة.

وعن الرابع: أنه يقصد حفظه عليه فى القبر حتى يبلى، فكونه يبلى لا ينافى قصد الحفظ.

وعن الخامس: أن العادة شهدت بأن الحفر لا يكون حفظًا للقماش إلا كفنًا، فـ «الكفن»(٣) وحده خلاف العادة، وكذلك الميت على شفير القبر، لم تشهد العادة بأن شفير القبر حرز؛ لأن ضابط الحرز ما لا يعد الواضع فيه مفرطًا، والواضع فى

---

(١) غريب، كما فى نصب الراية (٣/ ٣٦٧) وقال الحافظ فى الدراية: لم أجده.

(٢) ذكره الزيلعى فى نصب الراية (٣/ ٣٦٧)، وأخرجه الدارقطنى من طريق عمرة عن عائشة - رضى الله عنها - أنها قالت: إن كسر عظم الميت ميتًا مثل كسره حيًا فى الإثم (٣/ ١٨٨) حديث (٣١٣).

(٣) فى ط: إلا كفوو وأن الكفن.

غير القبر مع تركه مفرط، وبالضابط تظهر هذه النصوص كلها، بأن واضع الميت مع الكفن فى القبر ليس مفرطًا، وغير ذلك يعد مفرطًا.

وعن السادس: لا نسلم أنه ليس حرزًا للغير، بل حرز للميت وبيته(١)، كالدار حرز للحى وبيته؛ لقوله - تعالى -: ﴿أَلَمْ نَجْعَلِ ٱلْأَرْضَ كِفَاتًا أَحْيَآءً وَأَمْوَٰتًا﴾ [المرسلات: ٢٥] وعدم الدخول بالإذن، كعدم الدخول فى البيت على الحى العريان.

سلمنا أن الحرز لله - تعالى - لكن الكفن للميت، فهو كعبد سرق من بيت سيده مال غير سيده، يقطع.

وعندنا: إن سرق من بيت سيده مال غير سيده يقطع، وعندنا: أن من سرق من بيت الله - تعالى - ذلك يقطع.

وعن السابع: أن البذر فيه للعلماء ثلاثة أقوال:

القطع: كالكفن، وعدمه: لأنه لم يوضع للحفظ، بل للنبات، والفرق بينه، وبين الكفن: أن كل حبة فى حرزها، فهو مخرج من كل حرز دون النصاب، وهو المختار.

الثالث: إن نزل المسافرون كل واحد على حدة، فسرق أحدهم من الآخر: قطع، كأهل الدار ذات المقاصير، ومن ألقى ثوبه فى الصحراء، وذهب لقضاء حاجته، وهو يريد الرجعة إليه ليأخذه، فسرقه رجل سرًّا: قطع إن كان منزلًا نزله، وإلّا فلا.

قال ابن يونس: قال أشهب: إن طرحه بموضع ضيعة: لم يقطع، أو بقرب منه، أو خبائه، أو خباء أصحابه، وسرقه غير أهل الخباء: قطع.

قال محمد: وأما أهل السفينة يسرق بعضهم من بعض: فلا قطع، كالحرز الواحد، إلا أن يسرق من غير أهل السفينة مستترًا، فليقطع إذا خرج من المركب.

الرابع: فى الكتاب: إن سرق من سفينة: قطع، والسفينة نفسها، فهى كالدابة تحبس وتربط، إن كان معها من يمسكها: قطع كالدابة بباب المسجد وفى السوق،

---

(١) فى أ: ويفته.

وإن نزلوا سفينتهم منزلًا، فربطوها: قطع، كان معها صاحبها أم لا؛ لأنه كالحرز لها.

قال ابن يونس: قوله: يقطع سارق السفينة، يريد: أنه من غير أهلها، فيقطع إذا أخرجه من السفينة، أما أحدهم فلا؛ لأنها كالحرز الواحد.

قال محمد: إن أرسى السفينة بموضع يصلح أن يرسى بها فيه: قطع، وإلا فلا؛ لعدم شهادة العادة بأنه حرز لها.

قال اللخمى: إن انفلتت من المرسى: لم يقطع، فإن أرسى بها فى غير مرسى: قطعه ابن القاسم دون أشهب، ولو كان معها فى البر من يحرسها: قطع عندهما.

الخامس: فى المقدمات: الدور ستة:

دار حجرها ساكنها، أو مالكها عن الناس: يقطع سارقها إن خرج من الدار، ولا يقطع إن خرج من بعض بيوتها، ولم يخرج منها، ودار أذن فيها ساكنها، أو مالكها لخاص كالضيف، أو رسول يبعثه ليأتيه بقماشه، فيسرق ذلك الخاص من بيت حجر عليه فيه: ففى المدونة: لا يقطع، وإن أخرجه من جميع الدار؛ لأنه خائن لا سارق.

وقطعه سحنون، وإن لم يخرج من جميع الدار إذا أخرجه إلى موضع الإذن؛ لشبهه بالشركاء فى ساحة الدار إذا سرق أحدهم من بيت صاحبه، وأخرجه إلى ساحة الدار، وعنه: لا يقطع حتى يخرجه من جميع الدار.

ودار انفرد بسكانها مع امرأته، فسرقت الزوجة، أو أمتها من بيت حجره عليها، أو الزوج، أو عبده من مالها المحجور عليه: فظاهر المدونة: يقطع إن أخرجه إلى موضع الإذن.

وعن مالك: لا يقطع؛ لأنها خيانة.

ودار(١) أذن فيها إذنا عامًّا [كالعالم](٢)، والطبيب، أو يحجر على بيت منها دون بقيتها، يدخل بغير إذن: فيقطع من سرق من بيت محجور إذا خرج به من جميع

---

(١) فى أ: ولدار.
(٢) سقط فى أ.

الدار، ولا يقطع السارق من قاعتها، ولا من غير المحجور من بيوتها، اتفاقًا حتى يخرج من جميع الدار؛ لأن بقية الدار من تمام الحرز، ففارقت الحجر، فإنه لا يدخل إلّا بإذن صاحبها.

ودار مشتركة بين ساكنيها، مباحة لسائر الناس: كالفندق، فقاعته مباحة للبيع والشراء، فهى كالمحجة، فالسارق من البيوت، من السكان أو غيرهم: إذا أخذ فى قاعة الدار: قطع اتفاقًا.

ودار مشتركة بين ساكنيها، محجورة عن الناس: من سرق من بيت صاحبه، قطع إذا خرج إلى قاعة الدار، وإن لم يخرج عن الدار ولا أدخله بيته، ولا قطع فى السرقة من قاعة الدار، وإن أدخله بيته، أو خرج[١] به من الدار؛ لأنها مأذون فيها لهم، إلا إن سرق من قاعتها دابة من مربطها المعروف[٢] لها، ونحوه من المتاع الثقيل الذى يجعل بعضه على بعض، فذلك الموضع حرز له.

وإن سرقت زوجته لأحد سكانها، أو زوجها، أو رقيقها من مال صاحبه من بيت محجور عليه منه: قطع اتفاقًا، أو أجنبى من بيت من بيوت الدار، وأخذ فى قاعتها، وكالثوب المنشور، فيخرجه من الدار، فظاهر المدونة: يقطع فى الوجهين، والقياس: إذا قطع فى الوجه الثانى ألا يقطع فى الوجه الأول، وعليه حمل عبد الحق ما فى المدونة، وإذا قطع فى الأول [فالقياس] ألا يقطع فى الثانى، وعليه حمل التونسى ما فى الموازية، فتتحصل أربعة أقوال.

واختلف[٣] إذا سرق أجنبى ما نسى بعض الأشراك فى القاعة مما لم يقصد وضعه فيها: قطعه ابن القاسم دون محمد.

فإن كان موضعًا له كمربط الدابة: قطع اتفاقًا، إن أخرجه من الدار، فإن أخذ قبل ذلك، وبان به عن موضعه: فعلى الخلاف إذا أخرجه من البيت إلى القاعة.

وفى النكت: الدار المشتركة المحجور عليها لغير السكان كدور مصر، إن نشر أحد ثوبه على ظهر بيته المحجور عن الناس: قطع سارقه، وإن أخذ فى الدار، قاله

---

(١) فى أ: أخرج.
(٢) فى أ: معروف.
(٣) فى أ: وأن اختلف.

ابن القاسم.

قال محمد: إن كان السارق من أهل الدار، وإلا لم يقطع حتى يخرج من جميع الدار.

السادس: فى الجواهر: إن علم صاحب الحرز بالسارق، فتركه حتى خرج، ثلاثة أقوال:

لا يقطع لمالك؛ لأنه مختلس بسبب الاطلاع، وقطعه أصبغ، وفرق بعض المتأخرين: إن شعر بمعرفته، ففر: لم يقطع.

الركن الثالث: السرقة، وهى الإخراج، وفيه طرفان:

الطرف الأول، فى وجوه النقل، وقد تقدم فى الحرابة أن أخذ المال عشرة أقسام، أحدها، السرقة، وفيه ثلاثة فروع:

الأول: فى الكتاب: إذا سرق جماعة ما تعاونوا على إخراجه من الحرز؛ لثقله: قطعوا إن كان قيمته نصابًا، وإن حملوه على ظهر أحدهم؛ ليخرج به، ولم يقدر على إخراجه إلا برفعهم معه [قطعوا][1]، وإلا قطع الخارج به وحده؛ لأنه السارق، ولم[2] يقطع من أعانه، وإن خرج كل واحد بشىء، وهم شركاء فى المخرج: لم يقطع إلا من أخرج نصابًا.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: إن خرجوا بالشىء الخفيف يحملونه كالثوب، وفى قيمته لكل واحد ربع دينار: قطعوا، أو أقل[3]: لم يقطعوا؛ لأن كل واحد سرق دون النصاب، وقاله مالك.

قال اللخمى: وقيل: الخفيف كالثقيل، كألا يخرجه إلا اثنان، فأخرجه أربعة: جرى على الخلاف فى الخفيف، وإذا لم يستطع إخراجها إلا بحمل الجماعة عليه:

قال أبو مصعب: يقطع المخرج وحده؛ لأن غيره متوسل لا سارق، وخلاف ما فى الكتاب، ووافقوا[4] إذا حملوها على ظهر دابة: أنهم يقطعون.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى ط: لا.
(٣) فى ط: أقر.
(٤) فى أ: ووافق.

وقد اختلف فى هذا الأصل: إذا قربوه، فجره الخارج بيده، أو ربطوه فجره: بالقطع وعدمه، وإن حملوه على صبى، أو مجنون: فكالدابة، وإن أخرجها من غير أن يأمروه: لم يقطعوا، فإن سرق أحدهم دينارًا، فقضاه لأحدهم قبل أن يخرجوا، فأودعه إياه، قال محمد: يقطع من خرج، وكذلك لو باعه ثوبًا فى الحرز، ولو دخل رجل على السارق، فباعه ثوبًا، فخرج المشترى، ولم يعلم أنه سارق: لم يقطع واحد منهما، فإن أخذ فى الحرز، وقد ائتزر بإزار، فانفلت به عليه:

قال ابن القاسم: لا يقطع، علم به أهل البيت أم لا؛ لأنه مختلس، فإن قال كل واحد منهم: ما أخرجها إلا الآخر، وأنكر الكل، وتنازعوا: لم يقطعوا، ويستظهر فى ذلك باليمين؛ رجاء الإقرار، إلّا أن يكون فيهم من يراد ستره، فلا يحلف، ويحلف الباقون.

الثانى: فى الكتاب: إذا جمع المتاع، وأدرك فى الحرز قبل الخروج: لم يقطع، وإن كانت دار مأذون فيها، وفيها تابوت مغلق، فأخذ رجل مأذون له متاع ذلك التابوت، فأخذ قبل أن يخرج به: لا يقطع؛ لأجل الإذن، وإن كان ممن لم يؤذن له: لم يقطع أيضًا؛ لأنه لم يبرح بالمتاع، وإذا نقب، فأخرج بعود: قطع، وإن دخل، وناول آخر خارجه: قطع الداخل وحده، أخذ فى الحرز أو خارجه؛ لأن المخرج والخارج آلة له، وإن أخذ فى الحرز بعد أن ألقى المتاع خارج الحرز: توقف فيه مالك بعد أن قال: يقطع.

قال ابن القاسم: وأنا أرى أن يقطع؛ لأنه مخرج[1] وإن ربطه الداخل بحبل، وجره الخارج: قطعا جميعًا، وإن ناول أحدهما صاحبه، وهما فى الدار: لم يقطع إلا المخرج، وإن قربه إلى باب الحرز، أو النقب، فتناوله الخارج: قطع وحده؛ لأنه المخرج، فإن التقت أيديهما فى المناولة فى وسط النقب: قطعا معًا.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: إذا رمى بالمتاع من الحرز، فأتلفه قبل خروجه، ففر من الحرز قاصدًا لإتلافه، كرميه فى نار: لم يقطع؛ لأنه لم يخرج به من الحرز، أو قاصدًا أخذه بعد الخروج: قطع، وإن أخذ فى الحرز؛ لأنه قصد السرقة.

والفرق عند ابن القاسم بين المتناول للسرقة من الداخل: لا يقطع الداخل، وبين

---

(١) فى ط: يخرج.

المار بالحبل: يقطع الداخل: أن المتناول منه كما لو كانا جميعًا فى الحرز، فناول أحدهما الآخر شيئًا، فخرج: لا يقطع إلا الخارج، وربط الحبل من عمل الداخل، فقد استويا فى الإخراج، فيقطعان.

ورأى أشهب أن المناولة كالربط.

قال [مالك: إن أشار للشاة بالعلف: لا يقطع؛ لأن خروجها بإرادتها، وقطعه][١] ابن القاسم: لأنه مكره لها بذلك.

قال اللخمى: اختلف فى ثمانى مسائل:

تقريبها إلى النقب، ويخرجها من هو خارج الحرز، والربط لمن هو خارج، والربط لمن هو على سقف البيت.

والرابعة: رميها، فتؤخذ قبل أن يخرج هو.

والخامسة: يرميها، فتهلك خارجًا.

والسادسة: أن يسرق بإدخال[٢] يده.

والسابعة: الإشارة إلى طائر، أو أعجمى بشىء، فيخرج.

والثامنة: حمل المتاع، وهو فى الحرز على غيره. وخالف أشهب بالقطع[٣] فى المقرب للنقب، وقطعهما معًا، وقطع ابن القاسم الخارج وحده، إلا أن تلتقى أيديهما فى النقب، فيقطعان.

قال محمد: إذا لم يبن به على السطح لم يقطع؛ لأن السطح من الحرز كداخله.

قال مالك فى ثلاثة: أحدهم فى الحرز، والآخر على ظهره، والآخر فى الطريق، فناول الأسفل الذى على ظهره، وناول الثانى الذى فى الطريق: قطع الأولان دون الثالث؛ لأنه ليس فى الحرز، إلّا أن يمد يده حتى يصير فوق ظهر البيت، فيقطع الكل.

قال اللخمى: قطع الذى فى أسفل البيت ليس بالبين؛ لأنه لم يخرج، فقطع الأعلى[٤] وحده، إذا مد يده إلى من فى الطريق، أو مد الخارج يده فوق السطح،

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: ما دخل.
(٣) فى أ: فالمقطع.
(٤) فى ط: العلى.

وقطع مالك في الشاة، والأعجمي؛ لأن فعلهما أخرجهما من الحرز، ولو كان بالرطانة للأعجمي، ومنع ابن نافع في الرطانة، إن دعاه، فأطاعه، بخلاف لو غره، كقوله: سيدك بعثني إليك.

الثالث: في الكتاب: إن أكل الطعام في الحرز: لم يقطع، وضمنه، وإن دهن رأسه، ولحيته وخرج، وقيمة ما يمكن سلته عنه نصاب: قطع؛ لأنه الذي أخرجه، وإلا لم يقطع، وإن ذبح شاة، أو أحرق ثوبًا، أو أفسد طعامًا في الحرز، إنما ينظر إلى قيمته بعد الإخراج، وقاله (ش).

وقال [(ح)][1]: لا يقطع.

لنا: العمومات، والقياس على إخراجها عنه.

احتج بأنه لزمه الضمان، فلا يقطع فيما لزمه.

وجوابه: أن القيمة إنما تلزم بعد الحكم.

قال ابن يونس في العتبية: لو ابتلع دينارًا في الحرز، وخرج: قطع؛ لأنه خرج به، ويخرج منه، فيأخذه.

قال محمد: وتضمينه ما يخرج بالثلث[2] وهو نصاب، ضمنه في يسره دون عدمه، إذ فيه قطع، والزائد على ذلك يضمنه في عدمه، وملائه، ويحاص به غرماءه.

وفي الموازية: إن خرج بالشاة مذبوحة، وله مال يوم السرقة: يضمن قيمتها حية، وإن لم يكن له مال: اتبع بما بين قيمتها حية وقيمتها مذبوحة؛ لأن ما أفسده في الحرز من كسر جرة زيت، أو حرق ثوب: ضمن قيمته إذا قطع، له مال أم لا؛ لأنه ليس فيه قطع، وإنما القطع في المخرج، فإن لم تكن قيمة الجميع نصابًا: اتبع بالجميع في ملائه وعدمه، وإلّا إن أراد رب الثوب أخذه محرقًا: سقط الضمان، وإن دخل بثوب الحرز، فصبغه بزعفران، وخرج به: فإن زادت قيمته يوم الخروج نصابًا: قطع، بخلاف الدهن في الرأس؛ لأنه لا يزيد في قيمة المدهون، وإن كان عبدًا، ويضمن الزعفران كله في ملائه، وإن كان عديمًا وقد قطع، فلا يسقط قيمته

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: بالبيت.

الزائد؛ لأنه عين قائمة، ولم يهلك الثوب، وقيمة باقى الزعفران يأخذه من باقى ثمن الثوب، إن لم يكن على السارق دين، وإلا تحاصوا، ولو أخرج الزعفران، فصبغ به خارج الحرز، فرب الزعفران أولى بالثوب حتى يقتطع ما زاد فيه الصبغ، والغرماء أحق بما بقى من الثوب، وإن لم يزد الزعفران فى قيمة الثوب، وقطع فيه وهو عدم لا ينتفع بشىء منه، وغرماؤه أحق بالثوب، بخلاف لو سرق ثوبًا، فصبغه بزعفران نفسه، فلم يزده: لا شىء عليه لغرمائه مع صاحب الثوب، وفيه اختلاف، فإن سرق زعفرانًا، فصبغ به ثوبه، فباعه: فرب الزعفران أحق بالثوب فى عدمه حتى يستوفى ما زاده صبغه على قيمته أبيض، وكذلك لو باعه المبتاع من ثان، أو ثان من ثالث؛ لأنه عين شبه، والبائع متعد، بخلاف بائع ثوبه الذى صبغه له الصباغ ليس للصباغ فيه طلب بصبغه؛ لأنه غير متعد فى البيع، فهو كما لو اشترى سلعة، فباعها، فإن أفسده فى الحرز، وأخرجه وقيمته نصاب: ليس لربه أخذه فى الفساد الكثير، ويتبعه بما نقص؛ لأنه لا يسلم إليه إلّا بعد وجوب القطع، وله أخذه بما لزمه داخل الحرز، إلا أن يكون على السارق دين، فليحاصص، وله أخذه فى عين الفساد الكثير، ويتبعه بما نقص بفعله فى الحرز؛ لأنه جناية[(١)] قبل السرقة.

وإن أخرجه، وأفسده فسادًا كثيرًا: لا يأخذه، وما نقصه عند أشهب، بل قيمته يوم سرقه، أو يأخذه مفسدًا بغير شىء؛ لأنه أحدث ذلك بعد ضمانه، وإن سرق أمة أعجمية، وأصابها عنده عيب مفسد، تلزمه به قيمته يوم السرقة، فوطئها: حد للسرقة، والزنى إن كان بكرًا، وإلا رجم، ولم يقطع، ولا تصير الأعيان له إذا جنى عليها حتى يقضى عليه بالقيمة.

وفى الجواهر: إن وضع المتاع على الماء، فخرج من الحرز، أو فتح أسفل المكارح[(٢)] حتى ذهب ما فيه من حب، أو وضعه على ظهر دابة، فخرجت به: قطع؛ لأن ذلك كله عن عمله، وبه خرج.

[الطرف الثانى][(٣)]: المنقول إليه.

(١) فى ط: خيانة.
(٢) فى أ: البطارح.
(٣) بياض فى أ.

وفى الجواهر: لا يقطع بالنقل[١] من زاوية إلى زاوية، بل من الحرز إلى ما ليس بحرز.

[النظر الثانى:] فى إثبات السبب

وفيه عشرة فروع:

الأول: فى الكتاب: يسأل الإمام البينة[٢] عن كيفية الأخذ، والإخراج، والمأخوذ: فإن كان فيه شبهة: درأ الحد.

فى النكت: قال سحنون: إذا كانوا عالمين بمواقع الشهادة: لم يسألوا، وإلا سئلوا[٣]، ومنعه غيره؛ لأن رأى الحاكم قد يكون نفى القطع.

قال اللخمى: إن غابوا قبل أن يسألوا: لم يقطع؛ لإمكان الشبهة، إلا أن يكونوا من أهل العلم، ومذهبهم مذهب الحاكم، وكذلك الزنى، فإن غاب ثلاثة فى الزنى، أو واحد فى السرقة: سئل الباقى.

قال محمد: إن غاب أربعة فى الزنى: لم يسأل الباقى. وليس بالبين.

الثانى: فى الكتاب: يحبس حتى تزكى[٤] البينة، فيحد.

وإن غاب الشهود، أو رب السرقة أم لا، أو ماتوا، أو عموا، أو جنوا، أو خرسوا، وكذلك الحقوق؛ لأن المقصود ثبوت مناط الصدق بالعدالة، وإن ارتدوا، أو فسقوا قبل الحكم؛ لأن ذلك يدل على سوء سريرتهم قبل ذلك، وإن فسقوا، أو حدوا بخمر قبل الحد، وبعد الحكم، أقيم الحد والقصاص، وجميع الحقوق؛ لتقدم الحكم، ولا تفرق البينة إن كانوا عدولًا مبرزين، إلّا أن يستنكر الإمام [شيئًا][٥].

فى التنبيهات: منع مالك من الكفيل؛ لأنه لا كفالة فى حد، أما بعد الشرط فلازمة، أو من الناس فى الأمر القريب، فيجوز كالسجن.

وقوله: عموا أو خرسوا، من سؤال من تمتنع شهاداتهم، والمذهب: يخبر بها

---

(١) فى أ: بالنقى.
(٢) فى أ: السارق.
(٣) فى أ: ولا يسلو.
(٤) فى أ: تركن.
(٥) سقط فى ط.

ابتداء، وقيل: لعله يريد فى الزنى، وحيث تمتنع شهادة الأعمى، وهو يبطل بقوله: أو خرسوا.

قال اللخمى: فيها أربعة أقوال:

التفرقة بين أن يحكم بها، فيقطع، أم لا، فلا.

وقال مطرف: ذلك فى حق الآدمى: كالقذف والقتل، دون حق الله: كالسرقة.

وقال محمد: إن أحدثوا بعد الشهادة، كالزنى والسرقة والخمر: لم يحكم بها، بخلاف أن يقذفوا، أو يقتلوا قتيلًا على نافذة، أو اقتتل هو ومن شهد عليه: لم تسقط، وقضى بها؛ لأنه مما لا يخفيه الناس.

وقال عبد الملك: إن أشهد[1] على شهاداتهم، أو سمعت منهم قبل، فعادوه، فشهدوا عليه بعد العداوة: جاز، وكذلك كل ما لا يستتر به، كالقذف، إذا قيدت قبل.

قال اللخمى: وأرى ألا يمضى بها إذا زنوا، أو شربوا، وإن كان حكم بها، كانت الشهادة بحق الله تعالى، أم لا.

قال: ولو نقض الحكم، وإن أخذ الحق لاتجه[2]، كما لو علم ذلك قبل الحكم، وأما الارتداد، وما لا يخفيه غالبًا: فلا ترد الشهادة إذا كانت لآدمى، ولا تمضى إن كانت حدًا لله - تعالى - لأن ذلك شبهة.

الثالث: فى الكتاب: يحرم الكف عن الشهادة إذا رفع السارق للإمام؛ لتعين حق الله -تعالى- بوصوله إلى نائبه، وإن عاينت البينة إخراج المتاع من البيت، ولا يدرون لمن هو: فلا يشهدوا بملكه لرب البيت، بل يؤدوا ما عاينوا، وتقطع يد السارق، ويقضى بالمتاع لرب الدار؛ لأن اليد ظاهرة فى الملك، وكذلك إن عاينوا الغصب، وإن شهد أحدهم أنه سرق نعجة، والآخر كبشًا: لم يقطع، وكذلك يوم الخميس، ويوم الجمعة؛ لأنهم لم يشهدوا على فعل واحد.

فى النكت: قيل: إن اتفقا على عين المسروق: لا يضر الاختلاف فى اليوم فى الغرامة، ويغرم قيمة ذلك الشىء، وإن اختلفا فى عينه كالنعجة، والكبش: فللمسروق منه أن يدعى أحد الشهادتين، ويقضى له بها.

---

(١) فى أ: شهد.
(٢) فى ط: لا تحد.

قال محمد: يحلف مع أى شهادة شاء، أو معهما، ويقضى بهما جميعًا، ما لم تكن شهادتهما فى وقت واحد، وموضع واحد، فيكون تكاذبًا، فتسقطان.

قال اللخمى: يريد فى الكتاب، فى النعجة، والكبش: أنه فى سرقة واحدة، فإن كانا فى سرقتين، فقال أحدهما: سرق أمس كبشًا، وقال الآخر: اليوم نعجة، ففى جمع الشهادة والقطع قولان، فإن قال أحدهما: سرق بالمدينة، وقال الآخر: بمصر:

قال مالك: لم يقطع؛ لأنهما فعلان، قال: وفيه بعد.

الرابع: فى الكتاب: إن قالت البينة قبل القطع: وهمنا، بل هو هذا الآخر: لم يقطع واحد منهما، للشك، وما بلغ من خطأ الإمام ثلث الدية، فأكثر: فعلى عاقلته، مثل خطأ الطبيب، والمعلم، والخاتن.

وإذا رجع الشاهدان قبل الحكم، ولهما عذر بين يعرف به صدقهما، وهما بيّنا العدالة: أقيلا، وإلا لم يقبلا فى المستقبل، فإن شهد رجل وامرأتان: لم يقطع، وضمن المسروق، فإنه مال، ولا يمين على صاحب المتاع إن كان قائمًا بعينه؛ لاستقلال السبب.

فإن شهدت على غائب: قطع إذا قدم، ولا تعاد البينة إن كان الإمام استوفى تمام الشهادة.

الخامس: فى الكتاب: إن شهدت البينة على إقراره بالسرقة، فأنكر، وذكر قولًا يعذر به، أو جحد الإقرار أصلًا قبل، كالزنى؛ لأنه شبهة، وإن أقر عبد، أو مكاتب، أو أم ولد بالسرقة: قطعوا إذا غيبوا السرقة، وأظهروها.

فإن ادعى السيد أنها له: صدق مع يمينه.

وقال مالك فى ثوب بيد أمة، ادعاه السيد وأجنبى، وصدقت الأجنبى: قضى به للسيد مع يمينه؛ لأن إقرار العبد على سيده فى ماله باطل، ويد السيد ظاهرة فى ملكه.

قال الطرطوشى: يقبل إقرار الرقيق فيما يلزمه فى يديه من حد أو قصاص دون المال.

وقال (ح): يقبل فى القطع والمال، ويرد المال لصاحبه.

وعن [(ش)][1] القولان، واختلف أصحابه فى محلهما، فقيل: إذا كانت العين قائمة، أما الفائتة: فقولًا واحدًا.

ومنهم من عكس، ومنهم من أطلقها، وقيل: لا يقبل فى نفس، ولا مال.

لنا فى القطع: ظواهر العمومات، والقياس على الحر.

احتجوا بقوله - تعالى -: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ [الأنعام: ١٦٤] وقبول إقراره كسب على سيده، فلا يقبل، وبقوله - عليه السلام -: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْه»[2] والعبد مال السيد، ولم تطب به نفسه، وبالقياس على الإقرار بالقذف.

واحتج (ح) بالقياس على الحر.

والجواب عن الأول: أنه كاسب على نفسه؛ لأنه إنما أقر عليها، ولزم بطريق العوض حق السيد، فهو كالحر يقر بالقتل، فيؤذى أبويه، وغيرهما.

وعن الثانى: أن المال ظاهر فى المتمحض[3] للمالية، وهذا آدمى، المال فيه تبع، والأصل: عدم تناول اللفظ له.

وعن الثالث: أن الدين يتهم فيه بإضرار السيد، أما ما يؤلمه، فبشريته تمنعه من الكذب عليها.

وعن الرابع: أن الحر غير متهم، والعبد متهم على السيد.

تفريع:

فى التنبيهات: إذا شهدت بالإقرار بالحرابة وهو ينكر: أقيل.

وفى غير الكتاب: يقال فى الزنى، وإن لم يأت بعذر.

وفى النكت: قوله: إذا عين الرجل السرقة، يريد: لا يقبل رجوعه بعد تعيينه[4]، كالبينة، وإن لم يعين، وتمادى على إقراره: قطع وإلا فلا.

فى النوادر: قال مالك: إذا تعلق صبى بعبد، وأصبعه تدمى، وادعى أنه جرحه، فأقر: قبل قوله، وذلك فى رقبته، وأما على غير هذا الوجه، فلا يقبل إقراره.

---

(١) سقط فى أ.
(٢) تقدم.
(٣) فى أ: الحصن.
(٤) فى ط: تعييبه.

قال محمد: لا يتبع بالسرقة المقر بها فى رقه، ولا بعد عتقه، وإن قطع، وكذلك إن كانت بينة إذا لم توجد بعينها.

وقال أصبغ: تؤخذ قيمتها مما بيده من مال.

قال محمد: إلا أن يقر بعد العتق أن ثمنها فى الذى بيده، وما سرق مالًا قطع فيه مما لا يؤتمن عليه بخيانة، وما فيه إذن ففى ذمته، كإذنك له فى دخول منزلك، فسرق.

قال اللخمى: اختلف إذا لم يأت الحر بعذر: هل يقال؛ لحديث ماعز أو لا؟ لأن الأصل: لزوم الإقرار، وهذا إذا لم يعين السرقة.

فإن عين: فظاهر المدونة: يقال؛ لأنه لم يفرق.

وعن ابن القاسم: لا يقال إذا عين، ولم يفرق أنها عين أو عرض.

وعنه: ليس فى الدنانير تعيين على أصل المذهب أنها لا تتعين، ويريد -أيضًا- المكيل، والموزون.

وعن أشهب: لا يقبل إقرار العبد بالقتل، وإن عين القتيل، إلا أن يكون معه، أو يرى متبعه، أو نحوه.

وقيل: لا يقبل مطلقًا، إلا أن يقوم لذلك دليل؛ لأن إقراره يتضمن أذية سيده.

وإذا قبل فى السرقة: عاد المقال بين المقر له بالسرقة، وبين السيد، فإن كان العبد مأذونًا له: صدق، وأغرم ما أقر به، أو غير مأذون: لم يصدق، إلا أن يقول السيد: لا أعلم لى فيها حقًّا، والمقر به لا يشبه أن يكون ملك العبد، وإن قطع، وقد استهلك: لم يتبع مع العدم، وإن أقر المحجور عليه: لم تؤخذ منه السرقة، إلا أن يكون مما لا يشبه أن تكون من كسبه، فإن أقر أحد تحت التهديد: فخمسة أقوال:

قال مالك: لا يؤاخذ.

قال ابن القاسم: فإن أخرج المتاع، أو القتيل: أقيل، إلا أن يقر بعد الأمن، أو يعرف وجه إقراره ويعين، مثل ذكر أسباب ذلك، وبدايته، ونهايته، وما يعلم أنه فيه غير مكره.

وعن مالك: إن عين السرقة: قطع؛ لأن التعيين كالبينة، إلا أن يقول: دفعتها لفلان، وإنما أقررت لما أصابنى، ولو أخرج الدنانير: لم يقطع؛ لأنها لا تعرف.

وعن أشهب: لا يقطع، وإن ثبت على إقراره؛ لأن ثبوته خوف العودة للعقوبة، إلا أن يعين السرقة، ويعرف أنها للمسروق منه؛ لئلا يخرج متاع نفسه، ويعترف به؛ ليخلص من العقوبة.

وعن سحنون: يؤاخذ بالإقرار من الرجل، وهو فى الحبس من سلطان عادل، ولا يعرف ذلك إلا من ابتلى بالقضاء.

قال ابن يونس: «أُتِيَ رَسُولُ اللهِ ﷺ بِلِصٍّ اعْتَرَفَ وَلَمْ يُوجَدْ مَعَهُ مَتَاعٌ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: مَا إِخَالُكَ سَرَقْتَ؟ قَالَ: بَلى، فَأَعَادَهَا عَلَيْهِ مَرَّتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا، فَأَمَرَ بِهِ فَقُطِعَ، فَقَالَ: اسْتَغْفِرِ اللهَ، وَتُبْ إِلَيْهِ، فَقَالَ: اسْتَغْفَرْتُهُ، وَتُبْتُ إِلَيْهِ، فَقَالَ: اللهمَّ تُبْ عَلَيْهِ»[1].

وظاهره: أنه لو رجع لقبل رجوعه، وكل حد لله يقبل فيه الرجوع، إلا أن يأتى بما يشبه البينة من تعيين السرقة، أو غيرها، وهو من أهل التهم.

السادس: فى الكتاب: إن أقر فكذبه المسروق منه، أو قال: هو له، أو أودعته، أو بعثة[2] رجل معى إليه: قطع بإقراره؛ لأن الإقرار سبب لا يسقط إلا بسبب شرعى. وقوله ذلك ليس سببًا شرعيًا.

السابع: إذا شهد على الآخر سرًا، أو أقر بوجه يعرف به إقراره، وتعين: قطع؛ لحصول المقصود من الكلام، وإلا فلا؛ للشك.

الثامن:

فى الكتاب: إن ادعى على رجل بالسرقة: لم يحلف إلا من هو متهم، فإنه يحلف، ويهدد، ويسجن؛ لظهور الريبة، وإن كان من أهل الفضل: أدب المدعى عليه.

فى النكت: المتهم ثلاثة:

مبرز بالعدالة: يترك، ومعروف بالسرقة: يهدد، ويحلف، ومتوسط بينهما: يحلف فقط.

---

(١) أخرجه أبو داود فى المراسيل (٢٤٤) عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن النبى ﷺ مرسلًا. وأخرجه الدارقطنى (٣/ ١٠٢) حديث (٧١)، والحاكم (٤/ ٣٨١)، والبيهقى (٨/ ٢٧١) من طريق محمد بن عبد الرحمن عن أبى هريرة.

(٢) فى ط: هبة.

قال: [وينبغي ألا يحلف إلا المتهم][(١)]، فإن كان لا يرمى بعار السرقة، ولكنه إن وجد متاع غيره أخذه، قال مطرف: لا يحلف؛ لأن الدعوى غير مجزوم بها. وهو في معنى كلام [المدونة][(٢)].

قال ابن يونس: قال مطرف: إن اتهم مجهول الحال: سجن حتى يكشف حاله من غير طول؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ حَبَسَ رَجُلًا اتَّهَمَهُ رَجُلٌ - صَحِبَهُ فِي السَّفَرِ - بِسَرِقَةٍ[(٣)] فإن كان معروفًا بالسرقة: سجن أطول، وإن وجد مع ذلك معه بعض السرقة، فقال: اشتريته، ولا بينة له، وهو من أهل التهم: لم يؤخذ منه غير ما في يديه، وإن كان معروفًا: سجن أبدًا حتى يموت، وقاله عبد الملك، وأصبغ، وعمر ابن عبد العزيز.

وقال أشهب: إن شهد عليه أنه متهم: سجن بقدر ما يتهم عليه، وعلى قدر حاله، وربما ضرب بالسوط مجردًا، وإن كان الوالي غير عدل لا يذهب إليه، ولا يشهد عنده.

في النوادر: إنما يؤدب المدعي على غير المتهم بالسرقة إذا كان على وجه المشاتمة، أما دعوى الظلامة فلا، قاله مالك.

التاسع:

في الكتاب: إن أقر بغير حجة[(٤)]، ثم جحد: لم يقطع، وغرم المال للمسروق منه؛ لأن الرجوع يؤثر في حق الله - تعالى - دون حق العبد.

وفي الجواهر: وكذلك إذا رجع في الزنى، لا يسقط المهر.

وإن أقر: قطع، ولا يقف على دعوى المالك؛ لأنه حق الله - تعالى - وإن رد اليمين ثبت الغرم دون القطع، ويقبل إقرار العبد في القطع [دون المال.

في المقدمات: للرجوع عن الإقرار ثلاث حالات:

إن أتى تائبًا فههنا اتفق على وجوب القطع][(٥)] عليه، وقبول رجوعه إن أتى

---

(١) في أ: وينبغي إلا أن يحلف المتهم.
(٢) سقط في أ.
(٣) أخرجه أبو داود في السنن (٣٦٣٠)، وأحمد في المسند (٥/ ٢)، والنسائي (٢/ ٢٥٥)، والحاكم في المستدرك (١/ ١٢٥)، والهيثمي في المجمع (٤/ ٢٠٣).
(٤) في ط: سجنه.
(٥) سقط في أ.

بشبهة، ويختلف إن جحد الإقرار أصلًا.

الثانية: يقبل رجوعه وإن جحد الإقرار، قولًا واحدًا، وهو إذا لم يتفقوا على قطعه إن أقر بعد أخذه، ولم يعين، أو بعد الضرب والتهديد.

الثالثة: لا يقبل رجوعه إذا جحد الإقرار، اتفاقًا، ويختلف إذا قال: أقررت لأجل كذا، وهى الحال التى يتفق على قطعه، ويختلف فى رجوعه، وذلك إن أقر بعد أن أخذ وعين، ثم رجع.

العاشر:

فى النوادر: كره مالك للسلطان أن يقول للمتهم: أخبرنى ولك الأمان؛ لأنها خديعة، فإن سبق من الإمام، وقامت عليه بينة، أو أقر: قطعه؛ لأنه حق لله -تعالى-، وكذلك لو قطع عليه الطريق، ولا يحكم عليه بقيمة السرقة، بل يدفعه لمن فوقه، وإن شهد عليه هو ورجل عدل: قال أشهب: يقيم الحد، وإن رفعه للإمام كان أحسن، وكرهه محمد.

النظر الثالث: فى أحكام السرقة

وهى خمسة عشر حكمًا

الأول:

فى الكتاب: سرق مرة بعد مرة، قطعت يده اليمنى، ثم رجله اليسرى، ثم يده اليسرى، ثم رجله اليمنى.

ووافقنا العلماء فى تقديم اليد اليمنى؛ لقول أبى بكر، وعمر - رضى الله عنهما -: «إِنْ سَرَقَ السَّارِقُ فَاقْطَعُوا يَمِينَهُ».

ولأنها آلة السرقة، فيناسب إعدامها، والتثنية باليسرى قول الجماعة إلا عطاء، قال: اليد اليسرى؛ لقوله - تعالى -: ﴿فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، ولأنها آلة السرقة.

لنا: قوله - عليه السلام -: «إِذَا سَرَقَ السَّارِقُ فَاقْطَعُوا رِجْلَهُ»[1]، وقياسًا على

---

(١) أخرجه الدارقطنى (٣/ ١٨١) (٢٩٢) وفيه محمد بن عمر بن واقد الأسلمى: قال أحمد: كذاب، وقال البخارى: متروك الحديث. والأكثر على ضعفه. ورواه الشافعى عن أبى هريرة - مرفوعًا - بلفظ: «السارق إذا سرق فاقطعوا يده، ثم إن سرق فاقطعوا رجله» أخرجه من طريق البيهقى فى معرفة السنن والآثار (٦/ ٤١٠)، وفى الباب عن عصمة بن مالك: أخرجه =

الحرابة، ولأن قطع يده تفويت منفعة الجنس، فلا تبقى له يد يأكل بها، ولا يتوضأ، ولا يدفع عن نفسه، فيصير كالهالك.

والمراد بالآية: قطع يمين كل واحد من السارقة والسارق؛ بدليل أنه لا تقطع اليدان فى المرة الأولى.

وفى قراءة ابن مسعود: ﴿فاقطعوا أيمانهما﴾، وهو إما قرآن، أو تفسير، وإنما ذكر بلفظ الجميع؛ لأن كل مثنى أضيف إلى مثنى هو بعضه ليس فى الجسد منه إلا واحد: ففيه ثلاث لغات:

الإفراد، والتثنية، والجمع، وهو الأفصح؛ لئلا يجتمع تثنيتان فى شىء واحد، كقوله - تعالى -: ﴿فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا﴾ [التحريم: ٤]، وتعينت اليسرى فى الرجلين؛ لقوله - تعالى -: ﴿أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَافٍ﴾ [المائدة: ٣٣]، ولأنه أرفق به لتعويضها بحبسه، ولو قطعت اليمنى تعذر المشى.

وقال أحمد، و (ح): لا تقطع إلا يد ورجل، فإن عاد حبس، ووافقنا (ش) فى قطع الأربع.

وفى أبى داود: قال - عليه السلام - فى السارق: «إِنْ سَرَقَ فَاقْطَعُوا يَدَهُ، ثُمَّ إِنْ سَرَقَ فَاقْطَعُوا رِجْلَهُ، ثُمَّ إِنْ سَرَقَ فَاقْطَعُوا يَدَهُ، ثُمَّ إِنْ سَرَقَ فَاقْطَعُوا رِجْلَهُ».

احتجوا بأن عليًا - رضى الله عنه - أتى برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق، فقال لأصحابه: ما ترون فى هذا؟ قالوا: اقطعه يا أمير المؤمنين. قال: قتلته إذًا، وما [عليه][1] القتل، بأى شىء يأكل الطعام؟ بأى شىء يتوضأ للصلاة؟ بأى شىء يغتسل من جنابته؟ بأى شىء يقوم على حاجته؟ فرده للسجن أيامًا، ثم أخرجه، فاستشار أصحابه، فقالوا مثل قولهم الأول، وقال لهم مثل قوله[2] الأول، فجلده جلدًا شديدًا، ثم أرسله، ولأن فيه تفويت جنس، فلا يشرع كالقتل.

والجواب عن الأول: أن قوله معارض بقول الصحابة، بل هم أرجح؛ لأن يد الله مع الجماعة.

= الطبرانى فى الكبير (١٧/ ١٨٢) (٤٨٣)، والهيثمى فى المجمع (٦/ ٢٧٨) وفيه الفضل بن المختار، وهو ضعيف. والدارقطنى فى السنن (٣/ ١٣٧) (١٧١).

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: قولهم.

وعن الثانى: الفرق ببقاء الحياة والاغتذاء، والحواس، وأنواع التعبد بالصوم وغيره. فإن سرق ولا يمين له، أو له يمين شلاء: قطعت رجله اليسرى، قاله مالك؛ قياسًا على تقدم القطع، ثم عرضتها فقال: امحها، وقال: تقطع يده اليسرى، وتأول قوله - عز وجل -: ﴿فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨].

قال ابن القاسم: والأول أحب إلى، وإن سرق من لا يدين له، ولا رجلين، أو أشل اليدين والرجلين، فاستهلكها وهو عديم: لم يقطع منه شيء، ولكن يضرب ويضمن قيمة السرقة، وإن سرق، وقد ذهبت من يمني يديه أصبع: قطعت يده، كما لو قطع يمين رجل وإبهامه مقطوعة، فيقطع، وإن لم تبق منها إلا أصبع أو أصبعان: قطعت رجله اليسرى، وإن كانت يداه ورجلاه كلها كذلك: لم يقطع، وضرب، وسجن، وضمن قيمة السرقة.

قال ابن يونس: قال مالك: يحسم موضع القطع بالنار، وقاله الأئمة؛ لما روى أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ أُتِيَ بِسَارِقٍ سَرَقَ شَمْلَةً، فَقَالَ: «اقْطَعُوهُ وَاحْسِمُوه»[(١)].

والقطع فى اليدين من مفصل الكوع، وفى الرجلين من مفصل الكعبين، وكذلك الحرابة، وقاله الأئمة؛ لأنه الذى مضى به العمل.

وعن على - رضى الله عنه -: من مقعد الشراك فى الرجل؛ ليبقى عقبه يمشى عليه.

وعن أبى مصعب: إن سرق الخامسة: قتل؛ لحديثٍ ليس بالثابت[(٢)]، ومقطوع أصبع من يده يقتص منها، وفيها، وتلغى الأصابع.

قال اللخمى: اختلف فى خمسة مواضع:

---

(١) تقدم.

(٢) من حديث جابر: أخرجه أبو داود (٤/ ١٤٢) (٤٤١٠)، النسائى (٨/ ٩٠) (٤٩٧٨)، والبيهقى (٨/ ٢٧٢)، ومن طريق آخر أخرجه الدارقطنى (٣/ ١٨٠) (٢٨٩)، وفى الباب عن الحارث بن حاطب الجمحى: أخرجه النسائى (٨/ ٨٩) (٤٩٧٧)، والحاكم (٤/ ٣٨٢)، والطبرانى (٣/ ٣١٥) (٣٤٠٨)، والبيهقى (٨/ ٢٧٢). وقال الحاكم: صحيح الإسناد. وتعقبه الذهبى بأنه منكر. ومن طريق عبدالله بن زيد الجهنى عند أبى نعيم فى الحلية (٤/ ٣٩) قال ابن عبد البر: حديث القتل منكر، لا أصل له. وقد قال الشافعى: هذا الحديث منسوخ، لا خلاف فيه عند أهل العلم. ينظر تلخيص الحبير (٤/ ١٩٠)، وينظر إرواء الغليل (٨/ ٨٨) ففيه تصحيح للحديث.

إن سرق، ولا يمين له، أو شلاء، أو ذهبت منها أصبعان، أو قطعت الشمال مع وجود اليمنى.

وإن سرق بعد قطع أطرافه، ومتى كان أعسر: قطعت اليسرى مع وجود اليمنى؛ لأنها كاليمين له، فإن كانت اليمنى شلاء قال أبو مصعب: تقطع الشلاء؛ لأنها التى[1] يتناولها النص.

وقال ابن وهب: تقطع إن كان ينتفع بها، وعلى هذا إن كان أعسر قطعت اليمنى؛ لأنه ينتفع باليسرى.

وإن ذهب أصبعان: قال: لا يقطع إلا رجله ويده اليسرى.

وعنه: إن بقى أكثرها: قطعت، فإن أخطأ الإمام، فقطع يسراه مع وجود اليمين: قال مالك: لا يقطع يمينه؛ لحصول المقصود.

وقال عبد الملك: تقطع؛ لأن الخطأ لا يزيل الحد، وعقل الشمال فى مال السلطان إن كان هو القاطع، وإلا ففى مال القاطع، وإليه رجع مالك.

وإذا قطعت اليسرى فى سرقة، ثم سرق: فعلى قول ابن القاسم: تقطع رجله اليمنى؛ ليكون من خلاف، وعن ابن نافع: رجله اليسرى، فإن دلس السارق باليسرى، فقطعت: أجزأه، قاله فى الموازية.

وعلى هذا، تكون البداية باليمنى مستحبة، وعلى ما عند ابن حبيب: لا تجزئه، فعلى هذا، يكون واجبًا؛ لأن فعل النبى -عليه السلام - وقع بيانًا للقرآن.

وقد قال مالك: إن ذهبت اليمنى بعد السرقة بأمر سماوى، أو جناية: لا يقطع منه شىء؛ لتعين القطع لها، وقد ذهبت، وعلى القول بإجزاء الشمال: لا يسقط القطع، وإن سرق، وقطع يمين رجل: قطع للسرقة، وسقط القصاص، وهو على القول بتعينها للقطع، وعلى القول بأن تبدئتها مستحبة: تقطع قصاصًا، وتقطع يسراه، أو رجله للسرقة.

فائدة: أنشد المعرى:

يد بخمس[2] مئين عسجد فديت ... ما بالها قطعت فى ربع دينار

---

(١) فى أ: الذى.

(٢) فى أ: بخمسين من.

تناقض ما لنا إلا السكوت له فنستعيذ ببارينا من النار

فأجابه القاضى عبد الوهاب المالكى - رضى الله عنه -:

صيانة العضو أغلاها وأرخصها خيانة المال فافهم حكمة البارى

[نظائر](١):

قال ابن بشير: الممحوات فى المدونة أربعة:

إذا ولدت الأضحية، فحسن أن يذبح ولدها معها، وإن أبى: لم أر ذلك عليه واجبًا، ثم عرضتها عليه، فقال: امحها، واترك: إن ذبحه معها فحسن.

والحالف: لا يكسو امرأته، فافتك لها ثيابها من الراهن: حنث.

والمريض لا يجوز نكاحه، أو المريضة، ويفسخ إن دخلا، وكان يقول: ولا يثبت وإن صحا، ثم قال: امحها، وأرى إذا صحا: ثبت.

ومن سرق، ولا يمين له، أو له يمين شلاء: قطعت رجله اليسرى، ثم عرضها عليه، فمحاها، وقال: تقطع يده اليسرى، وبالأول قال ابن القاسم.

الثانى: فى الكتاب: إن قام أجنبى بسرقة متاع الغائب: قطع السارق؛ لأنه حق الله، وإن قال السارق: ربه أرسلنى: قطع وإن صدقه ربه، كان فى البلد أم لا؛ لأن السبب المثبت لا بد له من سبب شرعى، وإلا سقط.

وإن أخذ فى جوف الليل معه متاع، فقال: فلان أرسلنى آخذ له هذا، إن عرف انقطاعه إليه، وأشبه ما قال لم يقطع، وإلا قطع.

فى التنبيهات: قيل: معناه أنه اعترف بالسرقة، وأخذه خفية، وإنما قطع بإقراره، ولو قال: دفعه إلى ما قطع، قاله أبو عمران وغيره.

وقيل: إنما لم يقطع؛ لأنه لم تقم بينة وإلا قطع، وإن عرف انقطاعه إليه.

وفى النكت: الفرق بين القائل: فلان أرسلنى آخذ له هذا، وقد أخذ فى جوف الليل، وبين القائل: فلان أرسلنى، وقد سرقه: أن البينة عاينت سرقته، ودخوله المنزل، بخلاف الأول، إنما وجد فى جوف الليل ولم تعاين سرقته.

والأصل فى هذا: أنه متى فعل فعل الرسول من فتح الباب، ونحوه مما يشبه فعل الآمر(٢): لم يقطع، صدقه رب المال أم لا، وإن فعل السارق من التسور، والنقب:

(١) بياض فى أ.
(٢) فى أ: من لم.

قطع، صدقه رب المتاع أم لا.

قال اللخمي: كانت بينهما مخالطة أم لا، وكذلك إذا كان مثله لا يرسل لذلك؛ لأنه معروف بالسرقة.

وإن لم يقم دليل صدقه، ولا دليل كذبه، وأشكل؛ لأنه لا خلطة بينهما، وليس معروفًا بالسرقة، ولا بالصلاح: فإن صدقه لم يقطع؛ لأن التصديق مع الشك شبهة، وإن كذبه: قطع.

وإن قام دليل [كذبه، وصاحب البيت غائب: قطع، ولا ينتظر قدومه؛ لأنه لو صدقه: قطع، وإن قام دليل][1] حتى يقدم: فإن صدقه، وإلا قطع، والذى يؤخذ فى جوف الليل بالمتاع، وقال: فلان أرسلنى: فإن عرف بانقطاعه إليه: لم يقطع، فأسقط الحد؛ لعدم البينة بالأخذ، واختلف فى ثلاثة مواضع:

هل يحلف إذا أكذبه؟ هل يسقط القطع إذا وجبت عليه اليمين، فنكل، وحلف السارق، واستحق المسروق؟وهل يسقط إذا صدقه؟

ففى الدونة: يحلف المسروق منه أنه ليس متاعه، ويقطع، فإن نكل، وحلف الآخر، وأخذ المتاع: لم يقطع، وفى بعض روايات المدونة: يقطع، وقيل: لا يمين على المسروق منه.

وقال أشهب: يحلف، فإن نكل، وحلف الآخر، وأخذ المتاع: لا يسقط القطع؛ لأنه أخذ سرًا.

قال ابن القاسم: إن قال السارق: أودعتنيه، وصدقه: لم يسقط القطع.

وقال ابن دينار: لا يقطع؛ لأنه شبهة، والأول أحسن، إلا أن يتنازعا قبل ذلك فيه.

وإن نقب، وكسر الباب، إلا أن يشبه، إلا أن يكون ذلك من أملاكه.

وإن تقدمت الدعوى، وأكذبه المسروق منه: لم يحلفه، إلا أن يأتى السارق بما يشبه، وأرى أن يسأل: كيف صار إليه؟ فإن قال: أودعته، وهناك سبب يقتضى خروج متاعه من بيت، أو قال: غصبنى، والآخذ صالح لذلك، أو قال: اشتراه ممن سرقه منى، وهو يعلم أنه متاعى، وهو يشبه أن يكون عنده من ذلك علم: صدق

---

(١) سقط فى أ.

وحلف، فإن نكل حلف الآخر، واستحق، ولم يثبت القطع؛ للشبهة.

الثالث: فى الكتاب: إذا لم يقم رب السرقة، وقد أخذها أم لا: لزم القطع؛ لتحقق السبب، ولا يعفو الوالى إذا انتهت إليه الحدود.

وإن قال: ما سرق منى، وشهد بالسرقة: قطع، وإن قطع فيه، ثم سرقه ثانية: قطع أيضًا؛ لأن السبب فعله، لا المسروق.

وإن قال بالسرقة، أو الزنى [وبلغ] الإمام أقام الحد إذا ثبت ببينة؛ لأنه نائب الله، وهذه حقوق الله، بخلاف حد القذف؛ لأنه حق لآدمى فلا بد من قيامه.

ويشفع للسارق إذا كانت منه السرقة فلتة، ولم يبلغ الإمام، أو الشرط أو الحرس؛ لما فى الصحيحين: أن صفوان شفع فى سارق ردائه بإسقاطه حقه، فقال عليه السلام: - «هَلَّا قَبْلَ هَذَا».

وإذا ثبتت السرقة بالبينة، فقال: أحلفوه: إن المتاع ليس لى - قطع، ويحلف الطالب، ويأخذه، فإن نكل حلف السارق، وأخذه.

فى التنبيهات: وإذا أخذ السارق: لم يقطع، ووقع فى كثير من روايات المدونة.

وحكى اللخمى فى بعض الروايات فى المدونة: يقطع، فإن صدقه: قطع عند ابن القاسم، خلاف ابن دينار، وعن ابن القاسم: لا يمين على صاحب المتاع، وهو أشبه بالأصول.

الرابع: فى الكتاب: إن سرق، وأخذ مكانه، أو بعد ذلك، ويسره متصل، فقطع - وقد استهلك السرقة - ضمنها. فإن كان معسرًا يوم قطعت يده، أو ذهب يسره، ثم قطع موسرًا، أو سرق معسرًا، أو قطع موسرًا - لم يضمن المستهلك، وإنما يضمن إذا تمادى اليسر إلى القطع. وضمَّنه (ش) وأحمد مطلقًا، ولم يضمنه (ح) مطلقًا.

ولا يجتمع القطع والغرم عنده: إن غرمها[1] قبل القطع سقط القطع، أو قطع قبل الغرم: سقط الغرم، وقال فيمن سرق مرات: يغرم الكل إلا الآخر؛ لأنه قطع بها.

وقال أبو يوسف: قطع بالكل؛ فلا يغرم شيئًا.

وإن كانت العين قائمة ردت اتفاقًا.

---

(١) فى أ: عدمها.

لنا على (ش): قوله - تعالى -: ﴿فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] فجعل حد القطع فرضًا، وجميع ما يترتب عليه القطع، وقال رسول الله ﷺ: «إِذَا أُقِيمَ عَلَى السَّارق ٱلحَدُّ فَلَا غُرْمَ» خرجه النسائى(١)، ولأن إتلاف المال لا يوجب عقوبتين.

ولنا على الغرم مع اليسار على (ح): أن موجب القطع: حق الله - تعالى - وموجب الغرم: الإتلاف، والأصل: ترتب المسببات على أسبابها، كالمحرم يتلف صيدًا مملوكًا يلزمه الجزاء، والقيمة، والفرق بين اليسار والإعسار: أن اتباع المعسر عقوبة له تشغل ذمته، والموسر لا عقوبة فيه؛ لجواز أنه باعها وعوضها فى ماله، بل هو الراجح؛ لأن الأصل: عدم غرمها بالكلية، ولأنه وفر بها ماله، ولأنه جمع بين الأدلة، ومثله نفقة الزوجة، وقيمة الشقص إن أعتق، لا يضمنان فى الذمة، بل مع اليسار.

احتج (ح) بما تقدم، و (ش) بما تقدم، وقال ابن عبد البر: الحديث المتقدم ضعيف، ويحتمل حمله على أجرة القاطع.

وفى المقدمات: لا يلزم إذا أيسر بعد العدم؛ لأن العدم أسقطها عنه. وفى المدونة(٢): قال بعض شيوخنا: التغريم استحسان، والقياس: عدمه، وإلا ضمن مع الإعسار.

قال: وهو قول غير (ح) ؛ لأن [(ح)](٣) يخير المالك فى القطع فلا غرم، أو الغرم فلا قطع، وهذا يحتم القطع، وهذا كله إن كان المسروق نصابًا، فقطع فيه، وإلا ضمن مع اليسر والعسر اتفاقًا.

قال ابن يونس: إن قطعت يده، وقد استهلكها، وبيده مال، فقال: أفدته بعد السرقة، وقال الطالب: قَبْلُ - صدق السارق، إلا أن يقوم عليه بالقرب من السرقة فيما لا يكون فيه كسب ولا ميراث. وإن استمر ملاؤه من السرقة إلى بعد القطع قيل: يغرم، وقال أشهب: لا يغرم المعسر. وقال ابن القاسم: يتبع به دينا.

---

(١) أخرجه النسائى (٨/ ٩٣) فى كتاب قطع السارق: باب تعليق يد السارق فى عنقه. من حديث عبد الرحمن بن عوف، وقال النسائى: وهذا مرسل وليس بثابت، ولفظه: (لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحدُّ).

(٢) فى ط: المعونة.

(٣) بياض فى أ.

وإن استهلكها، وعليه دين، وما بيده قدر الدين: فأهل الديون أحق من المسروق منه، وما فضل فله.

قال اللخمى: يختلف فى ثلاث مسائل:

إذا لم تثبت السرقة إلا بشاهد.

وإذا لم تكن بينة، وقال: سرقت من غير حرز، وقال المسروق منه: من حرز.

والثالثة: أن تذهب يمينه بأمر من الله - تعالى - فقال ابن القاسم: يتبع فى الذمة، وإن كان معسرًا يوم سرق أو يوم الحد، ومنع أشهب؛ لأن المسروق منه يقر أن حكمه القطع(١)، وأنه ظلم فى امتناعه من القطع، كما لو لم يقطع بعد ثبوت القطع حتى مات؛ فإنه لا يتبع.

قال اللخمى: وهو يتبع على [أصل قول](٢) ابن القاسم إذا مات، ولا يسقط الغرم إلا النكال بالقطع، ومثله: إذا أقر بالسرقة، ثم رجع: سقط القطع دون الغرم عند ابن القاسم، ويسقط الأمران عند أشهب.

وإذا باع السرقة، فأهلكها المشترى: فإن أجاز المسروق منه البيع لم يتبع السارق بالثمن عند مالك، إلا أن يكون متصل اليسر من السرقة إلى القطع، وإن لم يجز، وأغرم المشترى القيمة: اتبع المشترى فى العسر واليسر، فإن كان المشترى عديمًا: رجع المسروق منه على السارق؛ لأنه غريم غريمه، فإن كانت القيمة لزمت المشترى أقل من الثمن: أخذ منه الثمن ؛ لأنه الذى لغريمه الذى عنده، ويتبع المشترى بفضل القيمة، وإن كان المشترى باع السرقة: أخذ منه الثمن الثانى، أو الثمن الأول.

وفى الجواهر: يلزم الغرم إن استمر اليسر(٣) من السرقة إلى القطع عند ابن القاسم، وعند أشهب: إلى حين القيام إليه. وإن أعسر بعد القطع، وقبل الغرم: اتبع عند ابن القاسم دون أشهب، وقيل: يتبع مطلقًا مع العسر واليسر، وقاله أبو إسحاق.

وفى النوادر: إذا قطعت أربعته فى سرقات، أو غيرها: اتبع فى عدمه عند ابن

---

(١) فى أ: الامتناع.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: السيد.

القاسم؛ لأنه لم يقطع، ولم يتبع عند أشهب؛ لأنه موضع قطع، وإنما تعذر كما لو مات قبل أن يقطع.

وإن سرق، فلم يقطع حتى زنى، فرجم بعد أن أيسر بعد العدم يوم السرقة - قال ابن القاسم: لا يتبع كمن[1] قطع؛ لدخول القطع فى القتل وإن سرق ثلاثةٌ ثوبًا لرجل، فقطعوا، ووجد منهم ملىء: ضمن الجميع؛ لأنهم كالرجل الواحد.

الخامس: فى الكتاب: لا يحد السكران حتى يصحو من السكر.

قال اللخمى: ولا يجلد فى حد، فإن أخطأ الإمام، فضربه وهو طافح: لم يجزه؛ لعدم النكاية عند الغفلة، أو خفيف السكر: أجزأه، أو طافحًا ذهب عنه ذلك بعد الضرب: احتسب بما ضرب من وقت الذهاب إلا أن يضرب فى الفرية برضا المقذوف؛ فيجزئه. وإن قطعه حال سكره: أجزأه، ولو قيل بقطعه حال سكره اتجه؛ لأن ألم القطع يبقى بعد زوال السكر، بخلاف الضرب.

السادس:

فى الكتاب: إذا باعها فقطع ولا مال فلربها أخذ قيمتها من المبتاع؛ لأنها عين ماله، ويتبع المبتاع السارق بالثمن. وإن توالدت الغنم عند المبتاع: أخذها مع أولادها، فإن هلكت عند المبتاع بسببه، أو باعها: غرم قيمتها، أو بأمر سماوى: فلا شىء عليه؛ لعدم العمد. وإن سرقه، فصبغه، ثم قطع معدمًا: أعطيته قيمة الصبغ، وأخذت ثوبك، وإن امتنعت: بيع، وأخذت عن الثوب قيمته يوم السرقة، والفاضل له وإن عجز عن الثمن[2]: لم يتبع؛ لعدمه، فإن عمله ظهارة تحته: فلك أخذه مقطوعًا؛ كما لو سرق خشبة، فبنى عليها؛ لأنه عرض البناء للفساد، فإن امتنعت من أخذه مقطوعًا وهو عديم: فعلى ما تقدم فى الصبغ.

وإن طحن الحنطة سويقًا، ولته، ثم قطع، ولا مال له غيرها، وامتنعت من أخذ السويق - فكما تقدم فى الصبغ: يباع، ويشترى لك من ثمنه مثل حنطتك؛ لأنها من ذوات الأمثال، بخلاف الثوب[3]. وإن عمل الفضة حليًا، أو دراهم، وقطع، ولا مال له غيرها: فليس لك إلا وزن فضتك؛ لأنك إن أخذتها بغير شىء ظلمته، فإن

---

(١) فى ط: إن.

(٢) فى أ: أخذ الثمن.

(٣) فى أ: الأمثال.

أخذها، ودفع أجر الصياغة: فهو فضة بفضة، وزيادة، وإن عمل النحاس قمقمًا: فعليه مثل وزنه، ولأنه مثلى.

قال ابن يونس: قال محمد: إن أكلها المبتاع: فعليه قيمتها، ويرجع على السارق بالأقل مما يدفع لصاحبها، أو الثمن، وإن كان المشترى عديمًا: اتبعه فى الذمة، فإن أيسر السارق قبله: رجعت عليه بالأقل من القيمة يوم أكلها[1] المشترى، أو الثمن، أو قيمتها يوم سرقها، فإن كانت قيمته يوم الأكل أكثر: رجع على السارق؛ لأنه غريم الغريم للمشترى، وانظر إن أكلها، وقيمتها يوم الأكل مثل الثمن، وقيمتها يوم السرقة أقل: لم يأخذ من السارق الثمن؛ لأنه غريم غريمه، وهو لو أخذ قيمتها من المشترى، فإن له عند[2] السارق الثمن.

وفى الموازية: إن كان للسارق غرماء فى مسألة الصبغ فهم أحق بالثمن من صاحب الثوب، إلا أن يفضل منه شيء؛ لأنه أسلمه، وفات بالبيع، وليس لربه نقض[3] بيعه، ولا أخذ ثمنه؛ لأنه بعد إسلامه بيع، وليس له هو ثمن سرقته بعينها.

فإن قام ربه، فوجده مصبوغًا: فله أخذه، ودفعه له قيمة الصبغ، قاله ابن القاسم، وعنه: لا يأخذه بحال؛ لأن ذلك فوت، وخيره أشهب بين القيمة يوم السرقة يأخذها، أو يدفع قيمة الصبغ، ويأخذ ثوبه، أو يكون شريكًا بقيمته أبيض، وعنه: يأخذه مصبوغًا، ولا شيء عليه فى الصبغ.

وإن غصب دارا، فبيضها، والسويق الملتوت، والخشبة تعمل بابًا - الفرق بينهما وبين الثوب يصبغ: أن الثوب قائم بعينه.

وعن أشهب فى النحاس يُعْمَل قمقمًا: يخير ربه فى أخذ القمقم، وإعطاء قيمة الصنعة، أو يغرمه مثل وزنه نحاسًا.

قال سحنون: كل ما غير حتى صار له اسم غير اسمه: ليس لربه أخذه، بل قيمته، أو مثله فى المثليات.

وقال عبد الملك فى الفضة تُعْمَل حليًا، أو النحاس آنية، أو الثوب يصبغ، أو يجعل ظهارة لجبة، أو الخشبة بابًا، أو الحنطة تطحن، وكل ما أثر فيه، ولا يقدر

---

(١) فى ط: أهلكها.
(٢) فى ط: على.
(٣) فى أ: بعض.

على أخذ صنعته إلا بالشركة: فلربه أخذه بالصنعة بغير غرم، نقصه ذلك، أو زاده؛ لقوله -عليه السلام-: «لَيْسَ لِعرقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»، أو يضمنه القيمة، وكذلك الغصب.

وإن سرق عصفرًا لرجل، وثوبًا لآخر، وصبغه بذلك، ثم[١] قطع، وله مال يوم السرقة: لزمه قيمة الثوب، ومثل العصفر، وإن لم يكن له مال تحاصصا فى ثمنهما: هذا بقيمة ثوبه، والآخر بقيمة العصفر.

والفرق عند ابن القاسم بين صبغ الثوب، وبين النحاس قمقمًا: أن الثوب ليس مثليًا ومثل[٢] النحاس يقوم مقامه.

السابع:

فى الكتاب: إذا ثبتت السرقة، فقطع رجل يمينه: لم يقتص منه؛ لأنه عضو مستحق للقطع، ونكل؛ لجرأته على الإمام، وأجزأ ذلك السارق، ولو فعل ذلك قبل عدالة البينة، فعدلت: كان كما تقدم، وإلا اقتص منه؛ لأن العضو معصوم. وإذا أمر القاضى بقطع اليمين، فغلط القاطع فقطع يساره: أجزأه؛ لحصول النكال، ولا شىء على القاطع؛ لأنه كالحاكم. وإذا قطعت يمين السارق: فهو لكل سرقة تقدمت، أو قصاصٍ وجب فى ذلك العضو، وكذلك الحدود.

قال ابن يونس: إذا قطع رجل يده بعد ثبوت السرقة عوقب المتعمد[٣]، ولا دية فى الخطأ، وكذلك المحارب إذا قتل.

ومسألة القاطع يغلط مروية عن على - رضى الله عنه - وقال عبد الملك: خطأ الإمام لا يزيل قطع اليمنى؛ فتقطع، وعقل اليسرى فى مال الإمام إن باشر، أو القاطع دون العاقلة، أو فى مال المسروق منه إن قطع هو بغير أمر الإمام. وإن [قطع][٤] يمينه: عوقب هو فقط.

وفى الجواهر: إذا بادر الجلاد، فقطع ليسرى عمدًا: اقتص منه، والحد باق، وكذلك لو فعل ذلك الإمام، ويجزئ فى الغلط، ورجع مالك إلى عدم الإجزاء، وتقطع اليمنى، والعقل فى مال القاطع.

---

(١) فى ط: لم.
(٢) فى أ: وقيل.
(٣) فى ط: للتعمد.
(٤) سقط فى ط.

وإذا فرعنا على الأول، ثم سرق: قطعت رجله اليمنى عند ابن القاسم، واليسرى عند ابن نافع.

الثامن:

فى الكتاب: إن قطع ولا مال له إلا قيمة السرقة، فغرمها، ثم قام قوم سرق منهم مثل ذلك فإن كان من وقت أن سرق منهم مليًا بمثل الذى غرم الآن، تحاصوا، أو أعدم، ثم أيسر فكل سرقة سرق من يوم يسره المتصل إلى الآن تحاصص بها فى ذلك دون ما قبلها؛ لأن العدم أسقطها. وإن لم يحضروا يوم القطع كلهم: فللغائب الدخول عليهم كغرماء المفلس.

قال ابن يونس: إن سرق لرجلين أحدهما غائب قضى للحاضر بنصف قيمتها إن كانت مستهلكة، فإن قدم الغائب والسارق عديم، وكان يوم القطع مليًا بقيمة الجميع – رجع على شريكه بنصف ما أخذ، ولا يتبع السارق بشىء؛ كالدين لكما على رجل من شركة: يقبض أحدكما حصته، وصاحبه غائب، والفرق بينها وبين الكفالة إذا قضى للشريك بحقه، والغريم ملىء بحقهما، فيقدم الغائب، لا يدخل على شريكه: أن السارق لم يأمنه المسروق منه على بقاء ما وجب له فى ذمته، وكان يجب أن القاضى يوقف نصيب الآخر، فلما غلط صارت قسمة غير جائزة.

وفى مسألة الكفالة: صاحب الدين هو الذى ائتمن الغريم على بقاء دينه فى ذمته، فالقسمة [جائزة][1] بلا رجوع للغائب على القابض إذا حكم له القاضى بقبض نصيبه، وأبى أبو محمد أن يكون معنى مسألة السرقة: أنه قبض حصته بغير حكم حاكم، قيل له: قد مثلها بالدين، فقال: إنه[2] مثلها به، ليفهم أن للشريك الدخول.

التاسع:

فى الكتاب: إذا خيف عليه الموت من الحد لحر أو برد أو خوف، قال ابن يونس: قال مالك: يقطع فى شدة الحر؛ لأنه ليس بمتلف، وإن كان فيه بعض الخوف؛ لأنه حق لزمه وإن مات فيه، وإنما يتعاهد فى البرد.

قال محمد: يقطع المحارب فى البرد الشديد، بخلاف السرقة؛ لأن الإمام لو قتله جاز.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: إنها.

العاشر:

فى الكتاب: إن سرق، وقتل عمدًا كفى القتل، فإن عفا الولى قطع. وإن سرق، وقطع يمين رجل: قطع للسرقة[١] فقط؛ لتعذر العفو فيها، ولا شىء للمقطوع يده، كما لو ذهبت يد القاطع بأمر سماوى، أو سرق، وقطع يسار رجل: قطع يمينه للسرقة، ويساره للقصاص؛ لإمكان الجمع، وللإمام جمع ذلك عليه، وتفريقه بقدر الخوف عليه، وكذلك الحد والتعزير.

وإن اجتمع حد الله -تعالى- وحد العباد: بدئ بحد الله -تعالى- لتعذر العفو فيه، فإن عاش: حُدَّ حد العباد، وإن مات: بطل ذلك، ويجمع الإمام ذلك عليه، أو يفرقه بحسب الخوف عليه.

قال اللخمى: إن كانا لله[٢]: قدِّم أكثر هما كحد الزنى مع الشرب، إلا أن يخاف عليه فى المائة، فيحد للخمر، فإن ضعفت البنية[٣] عن الحد الواحد: ضرب المأمون، ثم يستكمل وقتًا بعد وقت، فإن فرغ جَلْدُ الزنى جلد للخمر.

وإن كانا للعباد، نحو: قطع هذا، وقذف هذا اقترعا، فإن كان يقدر على أحدهما دون الآخر: أقيم عليه الأدنى من غير قرعة، ويقدم حق الله - تعالى - إلا أن يقدر على حق الآدمى فقط فيقام، وأخر حق الله - تعالى - لوقت الأمن، فإن خيف منه دائمًا: بدئ به مفرقًا، ثم حق الآدمى.

قال الطرطوشى: إذا اجتمع قتل فى حرابة أو غيرها، وقود: قدم حق الله -تعالى- وتظهر فائدة ذلك أنه لا ينتظر فى القتل حضور الولى، وأنه يقتل بالحجارة فى الزنى، وبالسيف فى الردة، وقد يكون قتل الآدمى بالحجارة، أما لو قطع فى السرقة، ثم قطع يمين رجل فعليه دية اليد؛ لأنه يوم قطعها لم يكن له يمين بخلاف ما تقدم.

ومتى اجتمعت الحدود كلها مع القتل: سقطت بالقتل إلا القذف؛ فإنه يجلد، ثم يقتل:

---

(١) فى ط: لسرقة.
(٢) فى ط: له.
(٣) فى أ: البينة.

وقال (ش)، و (ح): حق الآدمى مقدم.

لنا: أن حق الله -تعالى- أقوى؛ لتعذر العفو، ولأنه قد يتغلظ كالقتل بالحجارة فى الزنى.

وعلى أصل (ح): لا قصاص إلا بالسيف، وينكل المرتد، ويمثل به، بخلاف القصاص. [واحتجوا][1] بأن حق الآدمى أقوى؛ لأن حق الله -تعالى- يسقط بالشبهة، وبرجوع المقر، وبالتوبة قبل القدرة فى الحرابة، ولو كانت عليه زكاة، وكفارة، وحج: قدم دين الآدمى على الحج، ويرث الوارث مع حقوق الله دون حق الآدمى، وحق الله -تعالى- يسقط بالعفو من مالكه، ويظهر ذلك فى الدار الآخرة.

والجواب: أنا إنما رجحنا بين حقوق وجبت، أما مع الشبهة فلم يجب شىء، وكذلك الرجوع عن الإقرار، ثم ما ذكرتموه دليل القوة؛ لأنه كلما كثرت شروط الشىء كان أقوى؛ لأن الزنى أقوى فى الثبوت من القتل لاشتراط أربعة عدول، والنكاح أقوى من البيع لاشتراط الولى والشهود والصداق. فاشتراط عدم الشبهة وعدم رجوع المقر دليل القوة، وأما العفو فى الآخرة فلا مدخل له؛ لأنا إنما تكلمنا فى القوة فى حال الدنيا، على أن حقوق العباد قد تسقط بالشبهة؛ لأن عمد الخطأ[2] لا قود فيه عندكم، وعندنا فى إحدى الروايتين، وقتل الابن لأبيه.

وأما الزكاة: فالدين يسقطها عن العين، وهى فى المناسبة مقدمة على دين الآدمى، والكفارات لها أبدال - إن كان فقيرًا: ففرضه[3] الصوم - وأما الميراث فمشترك؛ لأن الوصية والتدبير لا تمنع ملك الوارث، مع أنا إذا علمنا أن الزكاة عليه لم يفرط فى إخراجها: قدمت على الميراث، مثل أن يقدم عليه مال لم تؤد زكاته، أو يموت صبيحة الفطر. وأما الحج: فمتعلق بالبدن لا بالمال؛ فسقط كما يسقط بعجز البدن فى الحياة.

الحادى عشر: فى الكتاب: إذا سرق، فقطع فيه، ثم سرقه ثانية - قطع أيضًا، وقاله (ش).

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: لأنه عند الخطأ.

(٣) فى ط: يعوضه.

وقال (ح): إن سرقه من المالك الأول لم يقطع، وإلا فعندهم قولان.

وأصل المسألة: النظر إلى تعدد الفعل، أو إيجاد محله، فالقطع - عندنا - مثاله: السرقة، وهى الإخراج، وعنده: مثاله المسروق؛ ولهذا[١] إذا قطع عندهم لم يغرم، وإذا غرمها لم يقطع.

لنا: العمومات المتقدمة، والقياس على المرة الأولى؛ كما لو تكرر الزنى فى امرأة[٢]، أو بالقياس على الغزل يقطع فيه، فرده ينسج، فسرقه: فإنه يقطع.

احتجوا بأنه لو قطع لساوى تكرر الزنى فى المرأة، ولا يساويه؛ لأن الزنى لا يتعلق باستيفاء المنفعة، والمنفعة الثانية عين الأولى، والقطع بالعين وهى متحدة، ولأن الفعل والعين يعتبران؛ لأنه لو فعل فى دون النصاب لم يقطع، أو سرق نصابين بفعل واحد: فَقَطْعٌ واحد؛ لعدم تعدد الفعل، وإن كان لابد منهما، وقد تعددت[٣] العين فبطل القطع، ولأنها عين يقطع فيها؛ فلا يتكرر فيها بتكرر السبب كالقذف.

والجواب عن الأول: أن سبب القطع - عندنا - تكرر الفعل بشروطه، لا العين.

وعن الثانى: أن العين معتبرة فى الفعل فى كونه نصابًا مع بقية الشروط، أما اعتبار كونها لم تسرق قبل فهو محل النزاع.

وعن الثالث: أنه إذا قذفه بعد الحد تكرر الحد كالسرقة، فهذا فرق.

تمهيد: الأصل: تفاوت العقوبات بقدر تفاوت الجنايات، بدليل: الزنى: مائة، والقذف: ثمانون، والسرقة: القطع، والحرابة: القتل، وأنواع التعازير، ونظائره كثيرة، وقد استثنى من ذلك أمور: فسوى الشرع بين سرقة ربع دينار وآلاف الدنانير، وشارب قطرة خمر وشارب الكثير فى الحد، مع تفاوت مفاسدها جدًّا، وعقوبة الحر والعبد سواء، مع أن جريمة الحر أعظم؛ لجلالة مقداره، بدليل رجم المحصن دون البكر؛ لعظم مقداره، مع أن العبيد إنما ساووا الحر فى السرقة، والحرابة؛ لتعذر التبعيض، بخلاف الجلد، واستوى الجرح اللطيف السارى للنفس والعظيم فى القصاص، مع تفاوتهما، وقتل الرجل الصالح البطل العالم والصغير الوضيع.

---

(١) فى ط: وهذا.
(٢) فى ط: على المرأة.
(٣) فى ط: تعذرت.

الثانى عشر:

فى النودر: إذا سرق، ثم رده لحرزه: قطع؛ لتحقق السبب.

الثالث عشر:

قال: إن سرق ببلد، فوجد ببلد آخر: ليس لربه أخذه إلا ببلد السرقة، إلا أن يتراضيا على ما يجوز فى السلف، كما تقدم فى الغصب، وكذلك المثلى. قال مالك:[1] له مثله لا قيمته: وخيره أشهب.

الرابع عشر:

قال: إن صالحته قبل الوصول للإمام، ثم رفعته: رجع بما صالحته به إن كان الصلح على الرفع، فإن كان على المال فلا، قاله ابن القاسم.

وإن ادعيت عليه، وصالحته على الإنكار، فأقر غيره بالسرقة: قطع المقر، ورجع عليه المنكر بما صالح به، وإن كان عديمًا لا يتبع، ولا يرجع المنكر على المطالب؛ لأن الثانى أقر. وإن كان عديمًا، فرجع عن إقراره قبل القطع: سقط الحد، واتبعه المنكر بما صالح به، والمسروق بقيمة سرقته. وإن أقر لك، وأنت ذاهب به للإمام، أو صالحته، ثم رجع عن الإقرار، والصلح، وقال: خفت السلطان - قال أصبغ: إن كان السلطان تخشى بوادره لم يلزمه، أو مأمونا: ألزمه.

الخامس عشر:

قال: قال مالك: إن طلب السارق، فامتنع، فقاتل، فذهبت نفسه - فهو هدر.

قال محمد: إن هرب، فرميته لترهبه، فمات فعقله على [العاقلة][2]، وإن تعمد قتله: قتل به، وإن رماه له ليوهنه، فمات: فعليه العقل. وإن قاتله فى داره، وعلم أنه قاتله، فقتله - قتل به؛ لما فى الحديث فى الرجل يجد مع امرأته رجلا: «إِنْ قَتَلَهُ قَتَلْتُمُوهُ.....»[3] الحديث.

---

(١) فى ط: فالمالك.

(٢) سقط فى أ.

(٣) من حديث أبى هريرة: أخرجه مالك فى الموطأ (٢/٧٣٧) كتاب الأقضية: باب القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلًا (١٧)، ومسلم (٢/١١٣٥) كتاب اللعان (١٤٩٨/١٥)، وأبو داود (٤/١٨١) كتاب الديات: باب فيمن وجد مع أهله رجلًا، أيقتله (٤٥٣٣)، وأحمد فى المسند (٢/٤٦٥).

وإن خرج وقاتله(١)، والمتاع معه، فقتل - قال أصبغ: هو هدر، ولا دية. وإن لم يكن معه المتاع، وإنما طلب النجاة: ففيه الدية إن قتل بموضع سرق، وإلا فالقود؛ لأنه لا متاع معه، ولا هو موضع يخاف من شره. وإن أمرته، فقتله: ففيه القود، معه متاع أم لا.

الجناية السابعة: حد الشرب، والنظر فى الموجب والواجب

النظر الأول - فى الموجب:

وهو شرب القطرة مما يسكر كثيره، اختيارًا، من مكلف مسلم، وقد تقدم فى كتاب الأشربة [أكثر فقهًا](٢) ونذكر ههنا ما يتعلق بالحد.

وفيه خمس مسائل:

الأولى:

فى الكتاب: من شرب خمرًا، أو نبيذًا مسكرًا وإن قل، سكر أم لا: حد ثمانين جلدة، أو شهدت عليه بينة أن به رائحة الخمر: عصير عنب، أو زبيب، أو نبيذ، أو تمر، أو تين، أو حنطة، أو الأسكركة، قيل: أو تجعل خبزا فى نبيذ يومين(٣).

قال: كرهه مالك فى قوله الآخر.

فى التنبيهات: الأُسكركة بضم الهمزة، وسكون السين، وضم الكاف الأولى، وفتح الثانية، وبينهما راء ساكنة، وضبطناه -أيضًا - بالسين المضمومة: هو شراب الذرة. والجذيذة - بجيم مفتوحة، وذالين معجمتين أولاهما مكسورة، بينهما ياء ساكنة: هو السويق. والجذاذ: التقطيع، قال الله -تعالى -: ﴿فَجَعَلَهُمْ جُذَاذًا﴾ [الأنبياء: ٥٨]. والبسر المذنب(٤) الذى أرطب بعضه من جهة ذنبه، فإن أرطب من جانبه فهو فوكة.

وفى النكت: إن شهد اثنان أن الذى به رائحة خمر، واثنان أنها ليست رائحة(٥)، حُدَّ؛ كقوله فى كتاب السرقة إذا اختلف المعولون.

---

(١) فى ط: قاتلك.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى أ: تومين.
(٤) فى أ: المذبب.
(٥) فى ط: راذحة.

قال ابن يونس: الأُسْكُركَة: شراب القمح.

الثانية:

فى الجواهر: يحد حديث العهد بالإسلام، وإن لم يعلم التحريم، قاله مالك وأصحابه، إلا أن ابن وهب، قال فى البدوى الذى لم يقرأ الكتاب، ويجهل هذا لا يحد.

لنا: أن الإسلام قد فشا، فلا يجهل ذلك.

فإن علم التحريم، وجهل الحد: حد اتفاقا، ولا حد على الحربى، والذمى، والمجنون، والصبى.

ومن تأول فى المسكر من غير الخمر، ورأى حلَّ قليله: حد، قاله القاضى أبو الوليد. ولعل هذا فى غير المجتهد العالم، أما المجتهد العالم فلا يحد إلا أن يسكر، وقد جالس مالك سفيان الثورى وغيره من الأئمة ممن يرى شرب النبيذ مباحًا، فما دعا للحد، مع تظاهرهم بشربه، ومناظرتهم عليه.

تمهيد:

قال مالك: أحدُّ الحنفى فى قليل من النبيذ، ولا أقبل شهادته.

وقال (ش): أَحدُّه وأقبل شهادته.

أما مالك: فبنى على أن الفروع قسمان: ما ينقض فيه قضاء القاضى، وما لا ينقض، فينقض فى أربعة:

ما خالف الإجماع، أو القواعد [...][1] فى الطلاق، أو القياس الجلى، أو النص الواضح: كالنبيذ فإن النصوص متضافرة بأن ما أسكر كثيره فقليله حرام، والقياس على الخمر جلى، وما ينقض فيه قضاء القاضى لا يصح التقليد فيه، ولا يثبت حكمًا شرعيًا؛ لأن ما لا نقره إذا تأكد بقضاء القاضى لا نقره إذا لم يتأكد؛ فلذلك رددنا شهادته، وأبطلنا التقليد.

وأما (ش): فأثبت التقليد بانتفاء العصيان، وأقام الحد؛ لأن العقوبات لدرء المفاسد لا للمخالفات؛ بدليل تأديب الصبيان والبهائم؛ استصلاحًا لها من غير عصيان.

ويرد عليه: أن ذلك يسلم فى غير الحدود من العقوبات، أما الحدود بعدد: فلم

---

(١) بياض فى أ.

نعهده[١] فى الشرع إلا فى معصية.

ولا يحد المكره، ولا المضطر لإساغة الغصة؛ لأنه مباح -حينئذ- لإحياء النفس.

الثالثة:

قال: يحرم التداوى بالخمر والنجاسات، وأما الدواء الذى فيه خمر: تردد فيه علماؤنا، وقال القاضى أبو بكر: والصحيح: التحريم، لقوله - عليه السلام -: «إِنَّهَا لَيْسَتْ بِدَوَاءٍ وَلَكِنَّهَا دَاءٌ».[٢]

الرابعة:

قال: إن ظنه غير مسكر، شرابًا آخر: لم يحد، وإن سكر؛ كما لو وطئ أجنبية يظنها امرأته: لا يحد.

الخامسة:

قال: لا يحد حتى يثبت الموجب عند الحاكم بشهادة رجلين، أو إقرار، أو شهد بالرائحة من يتيقنها ممن كان شربها حال كفره أو فسقه، ثم انتقل للعدالة، وقد يعرف الشيء ذو[٣] الرائحة: كالزيت، والبان، وغيرهما، ولولا ذلك لم يحد سكران؛ إذ لعله سكران من علة، وقد حكم به عمر - رضى الله عنه - وقبل فيه شهادة العدول، وهو قول عائشة وابن مسعود، ويكفى فى الشهادة أن يقول: شرب مسكرًا.

قال ابن يونس: ولا بد فى الشهادة على الرائحة من شاهدين، ولا يكفى الواحد إلا أن يقيمه الحاكم، فيصير كالترجمان، وغيره يقبل وحده، قاله أصبغ.

وفى النوادر: وإن أشكلت الرائحة على الإمام، وهو حسن الحال: تركه، أو سيئ الحال: استقرأه ما لا يغلط فى مثله، مما يصلى به من المفصل، فإن اعتدلت

---

(١) فى أ: يعتمده.

(٢) أخرجه مسلم حديث (١٢/ ١٩٨٤)، وأبو داود (٤/ ٧) (٣٨٧٣)، والترمذى (٤/ ٣٨٧) حديث (٢٠٤٦)، والدارمى (٢/ ١١٢-١١٣)، وأحمد (٤/ ٣١١)، وابن حبان (٤/ ٢٣١) (١٣٨٩-١٣٩٠)، وعبد الرزاق فى المصنف (٩/ ٢٥١) (١٧١٠٠)، والبيهقى (١٠/ ٤).
وقال الترمذى: حسن صحيح.

(٣) فى ط: إذا.

قراءته: تركه، وإلا حدَّه. وإن شك فى ذلك، وهو من أهل التهم: حد فيه للتهمة.

وعن مالك: إن شك فى الرائحة: أهو مسكر أو غيره؟ أو أخذ على مشربة، ولم يسكر، ولم يعرف ما ينبذهم، وهو معتاد لذلك - ضرب سبعين، ونحوها، وإن لم يكن معتادًا: بخمسين ونحوها، عبدًا كان أو حرًا؛ لأنه تعزير. ويعاقب من حضر المشارب، وإن قال: أنا صائم.

قال ابن القاسم: ويختبر الإمامُ السكرانَ بالرائحة وغيرها؛ لأنه حد انتهى إليه.

قال أصبغ: إن ظهرت أمارات السكر وإلا لم يتجسس عليه، وإن شهد عليه بغير الخمر: حده، وفعله عمر -رضى الله عنه - وقالته عائشة وغيرها؛ لأن الأصل: عدم الإكراه.

قال ابن القاسم: إن شهد أحدهما: أنه شرب خمرًا، والآخر: أنه شرب نبيذًا مسكرًا - حد؛ لاجتماعهما على أصل السبب. فإن شهدت البينة، فحلف بالطلاق: ما شرب - حد، ولا يطلق عليه. وخالفه الأئمة فى الرائحة، فلم يحدوا بتحققها؛ لأنه قد يتمضمض بالخمر للدواء ويطرحها، أو يظنها غير خمر، فلما حصلت فى فيه طرحها، أو كان مكرهًا، أو أكل نبقًا بالغا[1]، أو شرب شراب التفاح؛ فإن رائحته تشبه رائحة الخمر، وإذا احتمل فالحد يدرأ بالشبهة.

والجواب: أن الأصل: عدم الإكراه، وأن الشرب أكثر من المضمضة وغيرها، والكلام حيث تيقنا[2] أنه ريح خمر، لا تفاح ولا نبق.

النظر الثانى: فى الواجب.

وفى الكتاب: وهو ثمانون جلدة، وتتشطر بالرق، ووافقنا (ح)، وأحمد.

وقال (ش): أربعون، وللإمام أن يزيد عليه تعزيرًا.

لنا: أن النبى - عليه السلام - ضرب فى الخمر بالنعلين[3]، فلما كان فى زمان عمر - رضى الله عنه - جعل مكان كل نعل سوطًا.

---

(١) فى أ: باسا.

(٢) فى أ: تبعنا.

(٣) أخرجه من طريق الزهرى عن عبد الرحمن بن أزهر الشافعى فى المسند (٢/ ٩٠) (٢٩٢)، وأبو داود (٤٤٨٧)، و(٤٤٨٨)، وذكره الحافظ فى التلخيص (٤/ ١٤٢) ونقل عن ابن أبى حاتم فى العلل عن أبيه وأبى زرعة الرازى أنهما قالا: لم يسمعه الزهرى من عبد الرحمن بن أزهر.

وفى الدارقطنى:[(١)] لما ولى عمر - رضى الله عنه - استشار الناس فى حد الخمر، فقال عبد الرحمن: اجعله أخف الحدود: ثمانين. وقال على - فى المشورة -: إذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، فحدوه حد المفترى. ولم ينكر أحد؛ فكان إجماعًا.

وروى ابن شداد[(٢)] عن ابن عباس: حد الخمر ثمانون. ولأنه حد العبد؛ فلا يكون حدًا للحر، كالخمسين، ولأنها جناية على العقل، مضيعة لمصالح الدارين؛ فلا تقصر عن القذف الخاص بشخص واحد، ولأن الزائد على الأربعين يجوز. كالمائة؛ فيكون حدًا، وإلّا لم يجد كالزيادة على المائة فى الزنى، والثمانين فى القذف.

احتجوا بما فى مسلم: أن عليا فى زمان عثمان - رضى الله عنهما - جلد الوليد ابن عقبة أربعين بأمر عثمان، ثم قال: جلد النبى ﷺ أربعين، وأبو بكر أربعين، وعمر ثمانين. وكُل سُنَّةٌ، ولأنه حد لجريمة؛ فتختص بعدد لا يشارك فيه: كالزنى، والقذف.

والجواب عن الأول: أن رسول الله ﷺ لم يضرب على وجه التحديد، وإلا لما خالفته الصحابة - رضى الله عنهم - بل وكله للاجتهاد، وما ذكرناه راجح فى الاجتهاد؛ لما تقدم.

وعن الثانى بالقلب، فنقول: فوجب ألا يختص بأربعين كالزنى والقذف.

تفريع:

فى الجواهر وكيفية الجلد: ضرب بين ضربين، بسوط بين سوطين، فى زمان بين زمانين، فى الحر والبرد، ويضرب قاعدًا، ولا يربط، ولا يمد، ويخلى له يداه، ويضرب على الظهر، والكتفين دون سائر الأعضاء.

وتضرب المرأة قاعدة، وعليها ما يسترها ولا يقيها الضرب، واستحسن أن تقعد فى قفة، والمستند تقدم بيانه فى الحدود. ويوالى بين الضرب، ولا يفرق على الأيام حتى تحصل الحكمة بالنكاية[(٣)]، إلا أن يخشى - من تواليه - هلاكه. ولا يجلد

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٨٤٢) فى الأشربة: باب الحد فى الخمر (٢)، والشافعى (٢/ ٩٠)، فى حد الشرب (٢٩٣).

(٢) فى ط: سعد.

(٣) فى ط: بالنهاية.

حال سكره حتى يدرك الألم، ولا المريض إن خيف عليه، ويؤخر للبرد.

فى النوادر: وروى أشهب: أن مدمن الخمر يحد، ويلزم السجن إن كان خليعًا، وقد فعله عامر بن الزبير بابن له.

قال مالك: إن أخذ فى الأسواق [وقد] آذى الناس يوصل به إلى المائتين، ويعلن ذلك، ويشهر بذلك حاله، ويقام الحد فى الحرم، ويختار للضرب الرجل العدل، لا القوى ولا الضعيف، ويضرب قدام القاضى احتياطًا، ويطاف بالفاسق المدمن، ويعلن أمره، ويفضح.

قال ابن القاسم: وضرب النساء(١) دون الرجال، ويجلد السيد عبده إذا شهد عدلان عنده، ويحضر لجلده رجلين [عسى](٢) أن يعتق، ثم يقذف، وقد تقدم . . . تقيم المرأة الحد: على مماليكها، وإن ادعت المرأة الحمل أخرت حتى يتبين أمرها. وإن شرب فى رمضان جلد وعزر للشهر، قاله مالك.

قال محمد: وإن رأيت معلنًا رفعته للإمام، ويستر على صاحب الزلة.

قال مالك: إن رأيت جارك على ذلك تقدم إليه وانهه، فإن لم ينته ارفعه للإمام. وإن دعى الإمام لبيت فيه فسق: أجاب إن كان تقدم إليهم فى النهى، وإلا فلا. وإن كان مع الإمام رجلان فرأوا حدًا: لم يسعه الستر؛ لأنه ثبت -حينئذ- عنده، وإن كان واحدًا: فله ستره ما لم يكن معلنًا؛ فيرفعه لمن فوقه. فإن أنهى إليه أن فلانًا سكران، أو على حد، ولم تصح عنده أو بحضرته فلا يرسل خلفه إلا المعلن، وإن بلغه أنه فى بيت فلان - وهو مشهور بالفسق - كشفه وتعاهده، ذكر عنه أم لا، وله نقله من مكانه، وتشريده، وغير المشهور: لا يكشفه.

* * *

(١) فى ط: المرأة.

(٢) بياض فى ط.

كتاب موجبات الضمان

والنظر فى الفعل، ومراتبه.

ويندرج فيه: جنايات العبيد، ثم فى دفع الصائل، ثم فى إفساد البهائم، فذلك ثلاثة أنظار.

النظر الأول: فى الأفعال ومراتبها

وفى الكتاب: إن قتل عبد رجلًا له وليان، فعفا أحدهما عن العبد، على أن يأخذ جميعه، ويعتنى السيد: فإن دفع السيد لأخيه نصف الدية: تم فعله، لعدم المطالبة، وإلا خير بين كون العبد بينهما، أو يرده، فإن رده: فلهما القتل، والعفو، وإن عفوا: خير السيد بين إسلامه، أو فدائه منهما بالديّة؛ لقوله: - عليه السلام - «العَبْدُ فِيمَا جَنَى»[1]، وعنه -أيضًا -: الدخول مع أخيه فيكون العبد بينهما لشركتهما فى الدم.

وكذلك: إن عفا أحدهما على أن يأخذ القاتل، وزيادة عبد: فإن دفع السيد لغير العافى نصف الدية: تم فعله، وإلا دفع العافى لأخيه نصف القاتل وحده، ويتم فعله، فإن أبى: رد العبدين؛ وقتل القاتل إن أحبا؛ لاشتراكهما فى الدم، وقيل: يدخل مع قتله فى العبدين. لأنهما ثمن الدم الذى لهما.

فى التنبيهات: العبيد عندنا: ذكورهم وإناثهم بينهم فى القصاص، كالأحرار بينهم، مَلَكَهُمْ واحد أم لا؛ لتساويهم.

وقال بعض الناس: إن كانوا لواحد فلا؛ لأنه مضاعفة ضرر الناس على السيد؛ كما لا يقطع العبد فى مال سيده، ومع الأحرارمن يقطع فى الجراح دون النفس فيقتل العبد بالحر إن رضى الولى، ولا يقتل الحر به؛ لعدم التساوى.

قال ابن يونس: قال ابن أبى مسلمة: يقاد للحر من العبد فى الجراح إن رضى الحر، ولا يقاد له من الحر وإن رضى الحر.

قال على بن أبى طالب - رضى الله عنه -: «إن قتل العبد رجلًا عمدًا إن شاء الولى قتله، أو استحياه يكون عبدًا له».

---

(١) ذكره العجلونى فى كشف الخفاء، بلفظ: «العبد مجزى بعمله». ينظر: الكشف (٢/ ٧٠).

وإن قال أحد الوليين: إنما عفوت؛ ليكون لى نصفه، لم يصدق إلا بدليل، فيكون العبد بينهما إلا أن يفديه السيد بجميع الدية، وله فداء نصفه بنصفها من أحدهما، وإسلام نصفه للآخر. وإن عفوت عن عبد قتل عمدًا: بقى لمولاه إلا أن يشترط رقه، فيخير السيد فى فدائه أو إسلامه. أو قتل خطأ، وقيمته ثلث تركة القتيل: جاز عفوه؛ لأن الذى يجب له فى الدية العبد إلا أن يفديه سيده، فلما عفا صار كأنه أوصى به لسيده. فإن كانت قيمته مائة، والتركة مائتان جاز، أو التركة بمائة: فلسيد العبد ثلثاه، ويخير فى فداء الثلث بثلث الدية أو إسلامه، وقيل: إنما يكون فى الثلث الأقل من قيمته أو الدية؛ لأن السيد لما كان مقدمًا على المجنى عليه فى أن يسلم له العبد، أو يفديه بالدية - كان الواجب له فى الدية أحدهما، وبه أوصى له، فيجعل فى الثلث الأقل من قيمة الرقبة، أو قيمة الكتابة.

وقيل: هذا لا يخالفه ابن القاسم، وهو وظاهره يخالفه.

فإن قتله خطأ، وأوصى أن يعفى عنه، ويرد لسيده، ولا مال له، ولم يخير الورثة - قال أشهب: يخير سيده فى فداء جميعه بثلثى الدية؛ لأن ثلثها عنه سقط بالوصية، أو يسلم جميعه بثلثى الدية؛ لأن اللازم فى الجناية التخيير، لا شىء يتعلق بالذمة؛ كما لو جرح عبدك حرًا جرحًا ديته مائة، فطرح عنك خمسين: فلك فداء جميعه بخمسين أو تسلم جميعه بالخمسين، وكالرهن يضع المرتهن بعض حقه، بجميع الرهن بما بقى.

وقال أصبغ: ليس للورثة إلا ثلث [العبد][1] أو ثلثا الدية، وإن شاء سيده أسلم ثلثيه، أو افتكهما بثلثى الدية، وثلث العبد لسيده بالوصية، أسلم بقيته، أو فداه بخلاف المجروح؛ فإنه كالرهن.

قال اللخمى: إنما كان للأول العود للقتل بعد تقدم الصلح؛ لأنه إنما سقط القتل فيكون جميع العبد له، فلما استحق نصفه، ولم تكن هناك ذمة يتبعها عاد للقتل، بخلاف القاتل حرًا؛ للولى ذمة يتبعها إذا استحق نصف ما صالح به، وإن أسلم، بخلاف القاتل السيد العبد على إن لم يجد الغائب دفع للحاضر نصف قيمة العبد: لم يكن للأول إن لم يجد الثانى؛ لأن له ذمة يتبعها.

---

(١) بياض فى ط.

فرع: فى الكتاب: إذا أعتقه بعد علمك بقتله لرجل خطأ، وأردت حمل الجناية: فذلك لك، أو قلت: ظننت أنها تلزم ذمته، حلفت على ذلك، ورد عتقه؛ لتعلق حق الجناية برقبته، وكذلك إن جرح الحر وحلفت، وإن كان للعبد مال مثل الجناية، أو وجد معينًا على أدائها، نفذ العتق، وإلا بيع منه بقدرها، وعتق الفاضل، وإن كان لا فضل فيه: أسلم لأهل الجناية. وإن باعه بعد علمه بالجناية: حلف ما أراد [الحمل][1]، ثم دفع الأرش لأهل الجناية.

وإلا فلهم إجازة البيع، وقبض الثمن، وفسخه وأخذ العبد؛ لتعلق الجناية به.

قال غيره: إلا أن يشاء المبتاع دفع الأرش لأيهم، فذلك له ؛ لأنه حقهم، ويرجع على البائع بالأقل مما افتكه، أو الثمن؛ لأن كليهما متعلق بالسيد، فإن افتكه البائع: فللمبتاع رده بهذا العيب، إلا أن يبينه البائع له. وقال غيره: هذا فى العمد، وأما فى الخطأ فلا، وهو كعيب ذهب [قبل أن يرده المشترى].

فى التنبيهات: للسيد ثلاثة أحوال:

إن علم الجناية والحكم: أسلم فى العتق المجنى عليه رقيقًا، أو يفديه ويمضى عتقه، وفى البيع: إن أعطى الجناية مضى البيع، وإلا رده.

أو يعلم الجناية ويجهل أنه ليس له عتقه ولا بيعه إلا بعد تحمل الجناية: فيحلف ما أراد التحمل، ويكون له من الخيار وللأولياء فى البيع ما تقدم.

والثالث: لا يعلم الجناية ولا منعه من البيع والعتق، فقولان:

أحدهما: رضى بالتحمل؛ فيمضى عليه البيع والعتق.

وثانيهما: أنه ليس يرضى، ويحلف ما أراد التحمل، لكن يحلف، وصفة[2] أيمانه: أن يحلف فى الوجه الثانى: أنه جهل ذلك، وفى الثالث: ما أرد تحمل ذلك، وإنما يستحلف[3] فى كل هذا إذا كان له مال، قاله محمد، وقد يقال: يستحلف على كل حال إذا رضى باتباعه، وكذلك: إن وطئ بعد الجناية، فحملت فى الوجوه الثلاثة، لكن إن لم يعلم وهو ملىء، فعليه الأقل من قيمتها، أو أرش الجناية، فإن كان عديمًا: أخذها أهل الجناية.

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: ومنعه.
(٣) فى أ: يستحق.

فإن علم، قال في الكتاب: لزمه أرش الجناية إن كان له مال؛ لأن ذلك منه رضًا بتحمل الجناية.

وقال محمد: إذا حلف أنه لم يرض بحملها: فعليه الأقل، وعليه هذا التفصيل، والخلاف في العلم، وإن لم يكن له مال: أخذها أهل الجناية، فإن لم تحمل لا يكون وطؤه رضا بالجناية، قاله أبو عمران.

وفي النكت: إذا بيع وافتكه المشترى، ورجع فللأصل: إن افتكه بأقل من الثمن: فعهدته على البائع، أو بمثل الثمن فأكثر: فعهدة المشترى على أهل الجناية؛ لأن في الأولى بقى للبائع فضل، وهو قد رضى بتمام البيع، بخلاف غير ذلك.

وقوله: للمشترى الرد بالعيب في العمد يريد جناية عمد في المال، إلا أن يبين، أما في القصاص يقدر: لا ينفع البيان؛ لأنه لا يدرى أيقتص منه أو لا.

وقوله: يباع يقدر الجناية، ويعتق ما فضل يريد: لا مال للسيد، وإلا يكمل عليه عتق جميعه، قاله محمد.

وينبغي[1] إن كان [السيد][2]. موسرًا - وفي العبد فضل - ألا يحلف السيد أنه لم يرد حمل الجناية؛ لأنه إذا صدق بيع بعضه في الجناية وعتق باقيه، فيلزمه التقويم، فيلزمه الأرش وإن كره.

قال التونسي: العهدة مشكلة في العبد؛ لأنهم إن أجازوا البيع، وأخذوا الثمن على من يرجع المشترى إذا استحق؟ والبائع لو أسلمه للمجنى عليه، وانتقض البيع، فاستحق: رجع المسمى للمشترى، و [إن] أجاز أهل الجناية البيع، فاستحق العبد، فإن رجع المشترى بالثمن على البائع لعدم أهل الجناية: أدركه ضرر؛ لأنه قد رضى بإسلامه، فسقطت العهدة، فإن أجازوا[3] البيع والمشترى ملىء: أضر ذلك به، إلا أن يقال: لما علم البائع بالجناية وباع، فقد رضى بالعهدة عليه إن أجازوا البيع.

قال ابن يونس، عن مالك: إذا حلف: لم يرد حمل الجناية رد عتق العبد، وخير السيد في الافتكاك، فإن افتكه: كان حرًا ؛ لأنه أعتقه [وله إسلامه، فإن كان للعبد

(١) في أ: ويبقى.
(٢) سقط في ط.
(٣) في أ: أجاز.

مال يكون قدر الجناية أو وجد معينًا يعينه بقدر العتق فإنه لا يرد عتقه][(١)] وهو تفسير لما فى الكتاب.

وعن ابن عبد الحكم: إذا حلف أنه لم يرد حمل الجناية: رد عتقه، وخير السيد فى افتدائه، ويبقى له عبدًا، أو يسلمه عبدًا.

وعن المغيرة: إذا أعتقه عالمًا بالجناية: ضمن، كإيلاد الأمة.

[وإن جرح رجلين، فعلم بأحدهما][(٢)] فأعتقه: رضى بحمل الجناية، ودفعها إليه، ثم قام الآخر: فعليه إعطاء الآخر الأقل من أرش جرحه، أو نصف قيمة العبد.

[قال محمد: وله أن يرجع على الأول فيدع له مما دفع إليه قدر نصف قيمة العبد] إن كان المدفوع إليه أكثر من ذلك، ويأخذ ما بقى؛ لأنه ظهر أنه إنما يستحق نصفه، وهو لا يقدر أن يسلم إليه نصفه؛ لما حدث فيه من العتق.

وإن جنى، فوهبه بعد علمه، ولم يرض بأداء الجناية، وحلف ما أراد حملها - فإن الجناية أولى به.

قال اللخمى: قال محمد: إن أعتقه والجناية أكثر، وحلف أنه لم يرض بحملها، و كان عليه قيمتها، فإن نكل: غرم الدية، وإن كان بيد العبد مال يقوم بالجناية: أخذ منه، وعتق، أو وجد من يعينه، واختلف: هل يبدأ بأخذ ماله، أو يتخير السيد؟ فعلى القول: بأن السيد يفتديه للرق: يبتدأ بماله، وبمن يعينه. وعلى القول: أنه يفتدى لعدم تخيير السيد: فإن لم يكن له مال، وفى قيمته فضل عن الجناية - فثلاثة أقوال:

فى المدونة: يباع منه بقدر الجناية، ويعتق الباقى.

وفى الموازية: يعتق كله على السيد؛ لأنه يستكمل عليه ما قابل الجناية.

وقيل: يسلم كله لأهل الجناية؛ لأن الأصل فى الجناية ألا يباع إلا بعد حقها.

والأول يقتضى ألا يستكمل على المعتق، وإلا لايستكمل من غير بيع، وإنما أعتق ذلك القدر من باب «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار»؛ لأن السيد برىء منه بالبيع[(٣)] فعتق[(٤)]

(١) بدل ما بين المعقوفين فى ط: أو أسلمه وله مال أو نحوه معينًا بقدر العتق.
(٢) فى أ: خرج.. بإحداهما.
(٣) فى أ: كالبيع.
(٤) فى أ: يعتق.

الباقى أولى من رقه.

فرع: فى الكتاب: إن جنى، فقال: أبيعه، وأدفع الأرش عن ثمنه - منع إلا أن يضمن وهو ثقة مأمون، أو يأتى بضامن ثقة فليؤخر اليومين، ونحوهما، وإلا فداه، أو أسلمه؛ لأن الأصل تعينه للجناية، فإن باع ودفع دية الجرح: جاز بيعه، وإلا فلا.

قال اللخمى: إن كان فيه فضل فالأحسن إجابته للبيع؛ لأن المجنى عليه إذا أخذ حقه سقط مقاله، واختلف: إذا أسلمه السيد، وأراد أولياء الجناية نقض البيع، فدفع المشترى الجناية - فقيل: له ذلك؛ تتميمًا للعقد، ويرجع على البائع بأقل من الثمن، أو الفداء. وقيل: ليس له؛ لأن البائع برىء منه، وأسلمه إلى أولياء الجناية، فصار ملكًا لهم؛ فلا يباع إلا برضاهم، وعلى القول الآخر: إن كان فى الثمن فضل على الجناية: وقف، فإن رجع السيد، أو المجنى عليه إلى إجازة [البيع](1): أخذوه؛ لأن المشترى لا حق له فيه.

فرع: فى الكتاب: إن ولدت بعد الجناية لم تسلم وولدها معها؛ إذ يوم الحكم يستحقها المجنى عليه(2)، بل تسلم بما لها بعد الجناية، وقاله أشهب فى الولد، والمال؛ لأنه جزؤها.

قال ابن يونس: قال المغيرة: إن(3) ولدت بعد الجناية فهو رهن معها فى الجناية.

قال ابن القاسم: إن ماتت فأهل الجناية أحق بما لها إلا أن يدفع السيد الأرش.

قال اللخمى: الجناية لا تتعلق بذمة السيد؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤] إلا أن يتسبب السيد فى ذلك، مثل: أن يجيعه، فيسرق؛ ففى كون الجناية حينئذ فى رقبته أو ذمة سيده قولان.

وقضى عمر -رضى الله عنه - على حاطب لما أجاع عبيده حتى سرقوا بعيرًا - بقيمة البعير، وثنى عليه عقوبة.

فإن أمره السيد بذلك: فللمجنى عليه اتباع السيد، قولًا واحدًا، أو يتبع بها

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: عليها.
(٣) فى أ: كان.

العبد، فيفدى منه، أو يسلم.

واختلف إذا أسلمه، وله مال: يسلمه[١] بماله عند ابن القاسم كالعتق، وقال مالك فى أم الولد تجنى: تقوم بغير مالها، وقيل: تقوم به. فعلى الأول: يقوم العبد بغير مال.

وإن جنت حاملًا: أسلمت على هيئتها، والحمل للمجنى عليه، فإن وضعت قبل الإسلام: لم يسلم الولد؛ لانفصاله قبل الحكم، وإن حملت بعد الجناية، ثم وضعت، فخلاف، والإسلام أحسن؛ لتجدده بعد الجناية، وعلى قول: لا يسلمه إذا جنت حاملًا.

[والإسلام لتجدده بعد الجناية ههنا أخف من الإسلام][٢] فى البيع.

وإذا قتل العبد عبدًا، فقتله المجنى عليهم: فالمال للسيد اتفاقًا؛ لأن الذى كان لهم هو نفس القاتل، وقد أخذوها، واختلف إذا عفوا عنه وأسلم إليهم: فعند ابن القاسم: لا يسلم ماله؛ لأنه لم يستحق بالقتل إلا رقبته، وإن أسلمه ليستحيوه، فقتلوه: استرجع المال منهم.

فرع: فى الكتاب: إذا جنى المأذون، وعليه دين من تجارة، فأسره العدو، فابتاعه رجل منهم، فلم يفده سيده بالثمن - فليس لأهل الجناية أخذه إلا بدفع الثمن للمبتاع. ولو أسلمه سيده أولًا بالجناية لم يكن لمن صار له أخذه إلا بدفع الثمن، وأما الدين فباق فى ذمته، وإنما سقط عن العبد وعمن يصير له ما كان قبل أن يؤسر؛ [لأنه] فى رقبته.

فى النكت: على مذهب ابن القاسم: إذا بيع فى المغنم، ووجده سيده بيد المشترى: يفتكه إن أحب بالثمن، والجناية جميعًا أو يسلمه، بخلاف قول سحنون: إنما يفتكه بالأكثر من الجناية، أو الثمن؛ للزوم الجناية له قبل الأسر. فإن صار فى سهم رجل من المغنم، ثم جنى، ثم قام ولى الجناية، وأتى السيد - خير السيد الأول بين افتكاكه [وإسلامه، فإن افتكه][٣] بالذى صار فى السهم، ثم أخذ منه المجنى عليه عقل جنايته وإن فضل ذلك للذى صار فى سهمه: فإن كان الأرش أكثر

(١) فى أ: فسلمه.
(٢) فى ط: والاستثناء لتجد بعد فيه ههنا أخف من الاستثناء.
(٣) سقط فى أ.

مما صار له فى السهم: افتكه بالأرش، وكان ذلك للمجنى عليه، فإن أبى السيد الأول أن يفتكه بذلك: خير الذى صار فى سهمه فى إسلامه للمجروح، أو يفتكه بالعقل، فإن جنى، ثم غنم، ثم جنى: بدئ بالآخر.

قال التونسى: لم يذكر فى الكتاب أن للمشترى دفع الجناية لأهل الجناية، ويقدم عليهم، كمن جنى عبده، فباعه، ولم يعلم بالجناية، وأسلمه لأهل الجناية: أن للمشترى دفع الأرش للمجنى عليه، ويرجع على البائع بالأقل، وقد يكون المشترى ههنا يخالف المشترى من المالك الذى جنى عبده؛ لأنه هناك أخذه من أهل الجناية، فرجع على البائع منه بالأقل، وههنا إذا فداه[1] من أهل الجناية: لم يرجع على أحد فحل أهل الجناية محل صاحبه الذى كان له. وقد يقال: يد المشترى ههنا أقوى ما لم يكن له الرجوع على أحد؛ فصارت شبهة بالشراء.

وقد قال غير ابن القاسم: إن أهل الجناية يقدمون على المشترى؛ لأن البائع لما لم يفده صار ملكًا لهم، لا سيما على القول: إن أهل الجناية ملكوه؛ لقوله - عليه السلام - «ألعَبْدُ فِيمَا جَنَى»، وقد أسنده كالشراء.

فرع: فى الكتاب: إن جنى، فلم يحكم فيه حتى جنى جنايات: فإما فداه بدياتهم أجمع، أو أسلمه إليهم، فيتحاصصوا فيه بقدر جناية كل واحد، ولو فداه، ثم جنى: فداه ثانية، أو أسلمه؛ للحديث.

قال اللخمى: على القول: إنه بالجناية الأولى ملك للمجنى عليه حتى يفتدى منه - يخير الأول إذا أسلم إليه بين أن يسلمه أو يفديه من الثانى.

فإن جنى، ثم جنى عليه: قال ابن القاسم: يخير سيده بين فدائه، أو يسلمه، وما أخذ فى جنايته.

وقيل: نقص الجناية على العبد، والجناية عليه، ويخير سيده فى فدائه بحصة العبد، أو يسلمه ويكون عليه الأقل بما أخذ فى الجناية، أو قيمة ما ذهب منه، ويكون الفضل له.

فإن جنى، ثم جنى عليه، [ثم جنى][2]: قال ابن القاسم: إن أسلمه أسلم معه

---

(١) فى أ: أفداه.
(٢) سقط فى أ.

دية جرحه، فكان ذلك للمجروح الأول وحده، ويقتسمان[1] العبد بينهما على قدر الجنايتين، ولا يحسب على الأول مما أخذ شيء. ثم رجع، فقال: يتحاصان فى العبد، ودية الجرح.

وقال أشهب: إن أسلمه فهو بينهما، وللأول نصف دية الجرح التى كانت وجبت للعبد، وللسيد نصفها؛ لأنه جرح الأول صحيحًا، فله نصفه صحيحًا، وجرح الثانى مقطوع اليد، فله نصفه كذلك.

وقال عبد الملك: دية [الجرح الأول] وينسب للعبد، فإن كان ثلثه فقد أخذ المجروح [الأول] ثلث حقه، ويضرب فى العبد فى الثلثين، ويضرب للثانى بجرحه كله.

قال محمد: القياس: أن يكون السيد فى قيمة جرحه بالخيار؛ لأن العضو الذاهب كان عليه قبل ذلك بعض الجناية، وقد أخذ العوض عنه، فيجعل عليه ما ينوبه، ويحط عن الثانى.

فرع: فى الكتاب إن أعتق نصف عبده، فجنى قبل القضاء لتكميله: لم يكن كالحر؛ إذ لو مات السيد، أو لحقه دين قبل الحكم: رق باقيه، بل يلزم السيد الأقل من نصف قيمته أو نصف الأرش، ويكمل عتقه؛ لأنه لو أسلمه يقوم عليه ويكون نصف الأرش فى ذمة العبد بكل حال، فإن مات السيد قبل القيام: فنصف الأرش فى ذمة العبد، ويخير الورثة فى إسلام النصف الرقيق، أو يفدونه ويكون لهم رقًا.

فإن أعتق المليء شقصًا من عبد مشترك، فجنى قبل التقويم: خير المتمسك فى فداء شقصه، وتقويمه على المعتق، أو يسلمه فيقومه المسلم إليه على المعتق بقيمته يوم الحكم معيبًا ؛ لأنه كذلك ملكه، ويتبع العبد لا العاقلة بنصف الجناية، وإن جاوز ثلث الدية؛ لأنها لا تحمل عن عبد.

فإن وهب المتمسك حصته منه لرجل بعد العتق: فالتقويم للموهوب، بخلاف البيع ؛ لأن البائع باع بمعلوم على أن يأخذ قيمة مجهولة، وهو غرر، ولا غرر فى الهبة.

وإن جنى المعتق بعضه، أو جنى عليه: فلسيده أو عليه بقدر ملكه منه، وللعبد أو

(١) فى أ: ويقسمها.

عليه بقدر المعتق منه، وتبقى حصة العبد فيما يأخذ من أرش بيده، كما له.

وكان مالك يقول: يأخذ من له رق فيه الأرش كله، كأرشه.

قال اللخمي: يختلف في صفة التقويم إذا لم يقوم حتى جنى، فإن افتداه: قوم قيمة واحدة، ويقال: كم قيمة جميعه قبل العتق؟ لأنه له أن يدعوه إلى بيع جميعه، فيأخذ نصف تلك القيمة إن كانت مائة: أخذ خمسين، فإن أسلمه: زيد تقويم نصفه يوم العتق، على أن نصفه عتيق، فإن قيل: ثلاثون، فله عشرون، وهي فضل ما بين نصف قيمته قبل العتق وبعده، وللمجنى عليه قيمة نصفه الباقي يوم يقوم، على أن نصفه عتيق، وعلى القول: إنه حر بالسراية للشريك: نصف القيمة يوم العتق، وللمجنى عليه قيمة جميع المجنى به على العبد، فإن كان المعتق معسرًا بقي النصف رقيقًا، وقسمت الجناية على المعتق والرقيق، ويخير المتمسك بالرق بين إسلامه وفدائه.[١]

قال ابن القاسم: ولا شيء للسيد في ماله إن افتداه، ولا للمجنى عليه إن أسلم إليه، ويؤخذ ماله كله عن العتق إلا أن يكون فيه فضل، فإن قصر ماله عما ينوبه: أخذ من كسبه ما يفضل من عيشه، وكسوته، والأحسن ألا يؤخذ من المال إلا نصفه؛ لأنه الذي ينوب العبد، ويأخذ الشريك النصف؛ لأنه إذا دفع النصف في الجناية كان ذلك مقاسمة، فأخذ الشريك نصفه، وكذلك كسبه في المستقبل الفاضل عن عيشه.

وإذا جنى عليه: فثلاثة أقوال: نصفها للسيد، ونصفها للعبد، وجميعها للمتمسك بالرق، كقيمته [إذا قتل][٢]، وجميعها للعبد كما له. وإن عتق وهو موسر، وباع المتمسك، والمشترى عالم بالعتق - فالحكم: التقويم، ومتى علم بالتقويم واليسار: فسخ البيع؛ لفساده. فإن فات بحوالة سوق فما فوقها: فالقيمة فيه على أن نصفه عتيق، وأنه[٣] يقوم، وإن جهل التقويم: صح البيع، وهي مسألة عيب فلا تفيته حوالة سوق، وتفيته العيوب فما فوق، وإن أحب التمسك مع القيام أن يكون هو المقوم على المعتق فذلك له، على أحد القولين، وعلى القول بأنه مالك الرد،

---

(١) في أ: فادئه بين إسلامه.
(٢) سقط في أ.
(٣) في ط: فإنه.

كالمبتدى شراء: يفسخ، ويمنع المتمسك. وإن علم بالعتق، ولم يعلم بيسار المعتق: حط عنه عيب التقويم، ولزمه التقويم على المعتق، فإن لم يقم حتى [أعسر المعتق] سقط قيامه إن كان عالمًا بالعتق، ولم يعلم يسره. وإن لم يكن عالمًا بالعتق، وأعسر المعتق: فمقاله[١] لعيب العتق يرد مع القيام، وإن فات: رجع بقيمة العبد، أو مات العبد: رجع بعيب العتق.

فرع: فى الكتاب: إن قال: عبدى حر بعد موتى بشهر، فلم يحمله [الثلث] - خير الورثة بين الإجازة، أو عتق ثلثه بتلا[٢]. فإن أجاز واحد منهم تمام الشهر، وعتق: فإن جنى العبد جناية بعد إجازة الوصية، وقبل أن يمضى الشهر - قيل للوارث: افتك خدمته، أوسلمها، فإن أسلمها: خدم العبد فى الجناية تمام الشهر، وعتق واتبع بقيمة الأرش فى ذمته؛ لتأخر الجناية عن سبب الحرية. وإن افتكه الوارث: خدمهم بقية الشهر، ثم عتق، ولم يتبع بشىء؛ لأن ما يفدى[٣] صار كالرقيق. وإن لم يجز الوارث الوصية: عتق من العبد محمل الثلث، ثم إن جنى: اتبع بما ينوب ماعتق منه، ويخير الوارث فى إسلام ما رق منه، وفدائه.

فإن جنى قبل أن يجيز الوارث وضيق الثلث: خير بين فدائه، ويخدمه إلى أجل، ويعتق، ولا يتبع بشىء، فيكون قد أجاز الوصية، وإن أبى: عتق منه بتلا ما حمل الثلث، واتبع من الأرش بحصة ذلك، وخير فى فداء ما رق منه، وإسلامه.

وإن جنى موصى بعتقه قبل موت السيد: فللسيد فداؤه أو إسلامه، فإن فداه: بقى على الوصية، أو أسلمه: بطلت.

فإن لم يفد المجنى عليه حتى مات السيد: فالعبد رهن بالجناية، فإن أسلمه الورثة: رق للمجنى عليه، أو افتدوه: عتق فى الثلث. فإن بتل عتقه فى مرضه، فجنى، وله مال مأمون كالعقار يوم العتق: فهو كالحر فى الجناية عليه ومنه، ويقتص منه فى العمد، ويتبع العاقلة فى الخطأ، فإن كان المال كثيرًا غير مأمون وقف لموته، وكان كالمدبر: إن حمله الثلث اتبع بالجناية، أو بحصة ما حمل منه، وخير الوارث فيما رق.

---

(١) فى ط: فهما له.
(٢) فى أ: معًا.
(٣) فى ط: بالفداء.

وكذلك إن أوصى بعتقه، فجنى بعد موت السيد، وقبل أن يقوم فى الثلث: فإن حمل الثلث: عتق، واتبع دينًا كالمدبر؛ لأنه يشبهه، وهو كالعبد ما لم يقوم فى الثلث، وإن كان الثلث يحمله، إلا أن تكون أموال السيد مأمونة؛ فهو فى جنايته، والجناية عليه كالحر.

وإن بتل فى المرض، ولا مال له، أو مال غير مأمون، فجنى العبد جناية، ولم ينظر فيها حتى أفاد السيد فى مرضه مالًا مأمونًا - بتل عتق العبد، واتبع بالجناية فى الذمة، ولا تحملها العاقلة؛ لأنه يوم جنى كان ممن لا تحمل العاقلة جنايته؛ لأنها لا تحمل إلا إذا حمل معهم.

فإن جنى فى مرض السيد أو قتل، فعَقْله عقل عبد؛ لأنه لا تتم حرمته حتى تكون أموال السيد مأمونة.

وإن بتله فى المرض، فجنى جناية، ثم مات السيد، ولا مال له غيره: عتق ثلثه، واتبع بثلث الأرش، وخير الورثة فى فداء ما رق منه وإسلامه، وهذا والمدبر سواء، وإن صح السيد: عتق العبد، واتبع بالجناية، وإذا وقف المبتل لم يقل لسيده: أسلمه، أو افده كما يجنى فى المدبر؛ لأن هذا لا خدمة فيه، ولا رق، وفى المدبر الخدمة[1]. وعلى هذا ثبت بعد أن قال غيره.

وإذا وقف المبتل فى المرض وقف ماله معه، فإن جنى: لم يسلم ماله فى جنايته؛ لأنه قد يعتق بعضه إذا مات سيده، ولا مال له غيره، وليس للوارث إن افتك ما رق منه أَخْذُ ماله، أو أسلمه: فلا يأخذ المجنى عليه منه شيئًا، ويقف المال معه؛ لأن من دخله حرية وقف ماله.

وإن قال: اعتقوا عبدى فلانًا بعد موتى، فجنى بعد موته قبل العتق - فهو كالمدبر يجنى بعد موت سيده: إن حمله الثلث عتق، وكانت الجناية فى ذمته، وإلا خير الوارث فى إسلام ما ناله فيه فى باقى الجناية، أو يفديه بأرش ما بقى.

وإن أوصى أن يشترى عبدا بعينه، فيعتق، فاشترى، فجنى قبل العتق - فهو كالموصى بعتقه يجنى بعد موت سيده؛ فيعتق، ويتبع بالجناية فى ذمته، بخلاف غير المعين؛ لأن لهم إذا اشتروه ألا يفتدوه، ويبدلوه بغيره إن كان أفضل للمبيع.

---

(١) فى أ: الحرمة.

فى التنبيهات: فى الموازية: فى المبتل فى المرض: أنه يخدمه المجنى عليه فى أرش الجناية، إذا أداها قبل موت سيده رجع إليه، ووقف إلى موته، وإن لم يتم الأرش حتى مات سيده: عتق فى ثلثه، فما عتق كان عليه مما بقى من أرش الجناية لربه، وخير الوارث فيما رق منه.

وقيل: ينظر إلى قيمة الرقبة، والجناية [إن عين فيها الجناية][1] إن عتق؛ لأنه أحق من الدين فلا معنى لتوقيف عتقه، ولا حق فيه بعد الجناية لغريم ولا وارث.

فى النكت: قال محمد فى الموصى بعتقه لا يقوم فى الجناية إلا بعد موت السيد، فيفتكه الورثة - قال: تسقط قيمة العبد من مال الميت فى قول ابن القاسم، ثم يكون ما بعد هو ماله، فإن كانوا فدوه بالثلث، فأدى: عتق كله، أو أكثر: عتق منه قدر ثلث مال الميت بعد إسقاط العبد من مال الميت.

قال التونسى: اختلف فى الموصى بعتقه أيجعل فى الثلث؟ فعلى ما فى المدونة: الأشبه أن ما دفعوه فى فدائه يذهب من رأس المال، كجائحة أتت عليه، وتضاف قيمته إلى ما بقى من مال الميت، فإن خرج من الثلث عتق، وإلا ما حمل الثلث، والمدفوع فى الجناية كالتالف من المال.

وفى الموازية: يجعل ما فدوه كأنهم اشتروه من المجنى عليه؛ فلا تضاف قيمته إلى ما بقى من المال؛ لأن أهل الجناية ملكوا الجانى، فأشبه الموصى بأن يشترى [من] فلان، فيعتق: لا ينظر إلى قيمته، بل الثمن، فإن خرج من الثلث يرد لك.

والموصى بعتقه بعد شهر إذا لم يحمله الثلث، ففى الموازية: للورثة إجازة العتق إلى شهر ويحملون الجناية، ثم يخيرون فى إسلام الخدمة، أو افتدائه بالجناية[2]، وكان لهم أن يفعلوا بعد الجناية ما كان لهم أن يفعلوه قبلها من الإجازة، والمبتل فى المرض: إذا وقف لينظر أمره فالصواب: أن الورثة لا يخيرون فى إسلام خدمته؛ لأن الميت أراد تعجيل عتقه، وإنما وقف من جهة الأحكام؛ فيجب إيقاف خراجه معه، فإن خرج من الثلث بقى خراجه معه، وقيل: يخيرون فى إسلام خدمته كالمدبر؛ لأن السيد لما كان غير قادر على تعجيل عتقه، فالخدمة باقية على ملكه،

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: كالجناية.

فأشبه المعتق إلى أجل.

قال ابن يونس: قوله فى المبتل فى المرض إن وقف: لا يسلم ماله فى جناية؛ لأنه قد يعتق بعضه بعد موت السيد، ولا مال له غيره - يلزمه: أن المدبر لا يسلم ماله فى جنايته؛ لأنه قد يعتق بعضه، بل العلة: أن المبتل فى المرض يتبعه ماله إذا لم يشترطه السيد، فالسيد لا يملك خدمته، ولا مال له، فلا يسلم منه ما لا يملكه، كما لا يسلم رقبته، وله فى المدبر الخدمة، وانتزاع المال.

قال اللخمى: الموصى بعتقه إذا لم يفد، ولم يسلم حتى مات السيد: خير الورثة عند ابن القاسم: فإن افتدوه عتق من الثلث، وقال أشهب: يكون رقيقًا؛ لأن الجناية ملكته، والفداء كالشراء.

وإن قال: إن مت فهو حر، والمال مأمون، والجناية خطأ تبلغ الثلث - حملتها العاقلة، وإن لم يخلف متموله: خير الورثة [فإن لم يجيزوا: يعتق ثلثه، وتفض الجناية: فما ناب العتيق اتبع به، أو الرقيق: خير الورثة][1] فى افتدائه. واختلف إن أجازوا: فقيل: ليس لهم ذلك إلا أن يحملوا ثلثى الجناية، وقال أشهب: يخيروا، والجناية فى ذمة العبد؛ لأن العتق من الميت. والأول أحسن؛ لأن الثلثين ملك لهم، فإن أجازوا: كان العتق منهم.

وإن قال: هو بعد موتى بشهر، ولم يحمله الثلث - قال ابن القاسم: يخير الورثة بين إعطاء الأرش كله، ولهم خدمة العبد، أو يعتق ثلثه، ويخيرون فى افتداء الثلثين، وقال محمد: إن شاءوا أنفذوا الوصية، والخدمة للمجنى عليه إلى تمام الشهر، فيعتق ويتبع بما بقى، إلا أن يشاءوا أن يفدوا تلك الخدمة بالجناية على ألا يتبع العبد، أو لا ينفذوا الوصية، ويعتقوا ثلثه، وتفض الجناية.

قال: وأرى أن يخيروا فى عتق ثلثه، وفض الجناية، أو يفدوه بجميع الجناية، ويكونوا على رأيهم فى عتق جميعه إلى أجل، وتكون لهم الخدمة، ولا يخير[2] الورثة، ويعتقوا ثلثه بتلا.

وإذا بتل فى مرضه، ولا مال له غيره، وللعبد مال: فإن أسلموه لم يكن لأهل

---

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: ولا يخيروا.

الجناية منه شيء، ووقف معه.

وعنه: في كتاب الديات: للعبد دفع ماله عن النصيب المعتق منه مال.

[قال]: وأرى أن يدفع ثلث ما في يديه عن المعتق منه؛ لأنه القدر الذي يستحق من ذلك المال، وينتزعه الورثة إن افتدوه، أو المجنى عليه الثلثان؛ لأن ما دفعه العبد عن نفسه كالقسامة.

وإن قال: اشتروا عبدًا، فأعتقوه - هو بخلاف التعيين؛ لأن لهم إبداله، يريد: أن من حق المجنى عليه ألا ينفذ عتقه، ويقال له: تتبع ذمته، وهذا يحسن إذا اشتروه من التركة، أو للميت، وفي الثلث فضلة، أما إن اشترى للميت، وهو قدر الثلث: فإن لهم عتقه، ويتبع المجنى عليه ذمته.

فرع: في الكتاب: إن أخدم عبده رجلًا مدة معلومة، أو حياته، فجنى - خير مالك الرقبة: فإن فداه بقي في خدمته، أو أسلمه خير المخدم: إن فداه خدمه، فإذا تمت خدمته: فإن دفع إليه السيد ما فداه به أخذه، وإلا أسلمه للمخدم رقًّا؛ لأن الفداء صيره كالمجنى عليه. فإن أوصى برقبته لآخر، والثلث يحمله إذا جنى: قدم صاحب الخدمة، إن فداه خدمه، وأسلمه بعد الأجل للموصى له بالرقبة؛ لأنها في الوصية فرع استيفاء الخدمة، ولا يتبعه بشيء مما أدى؛ لأنه فداه لنفسه.

والفرق: أن الرقبة في الأول ملك للموصى، له الرجوع فيها، بخلاف الموصى له، وإن أسلمه خير صاحب الرقبة: إن فداه أخذه؛ لسقوط حق الخدمة بالإسلام.

قال سحنون: اختلف قوله في هذا الأصل، وأحسن ما قيل: أن يبدأ صاحب الخدمة، إن فداه خدمة بقية الأجل، ولا يكون لصاحب الرقبة إليه سبيل حتى يعطى الفداء، وإلا كان للذي فداه رقًّا. فإن كان الثلث يحمله، وقد أوصى بخدمته لرجل، وبرقبته لآخر، فقتل، أو قطعت يده في الخدمة - فالأرش لمن له مرجع الرقبة؛ لأنه بدل عنها أو جزؤها[1]، قاله مالك واختلف فيه أصحابه:

قال التونسي: قال غير ابن القاسم في المسألتين: يبدأ بالمخدم، فإن افتداه لم يكن للذي له الرقبة سبيل إلا بدفع الجناية، وإن أسلمه خير من له مرجع الرقبة، فإن افتداه سقط حق صاحب الخدمة.

---

(١) في أ: أو حزها.

وقال أصبغ: يبدأ صاحب البتل فيخير، كما إذا وهب الخدمة فقط.

فإن أخدم عبده مدة ومرجعه إليه، قال أشهب: يكونان كالشريكين، تقوم رقبته بعد الرجوع، فإن كانت مثل قيمة الخدمة: خيرا جميعًا فى الفدية والإسلام، فإن فدياه: دفع كل واحد نصف دية الجرح، ويبقى العبد على حاله، وإن أسلماه: بقى مملوكًا للمجروح، أو افتدى أحدهما ما له: فذلك له، وإن خالفه الآخر.

فإن أخدمه رجلًا سنة، ثم لآخر سنة، ثم رقبته لآخر: فاختلف قوله فيه اختلافًا كثيرًا.

وعن ابن القاسم: يخير المخدمان، فإن افتدياه فهو على حاله، ولا يرجعا بالفداء على أحد، أو أسلماه: أخدمه المجروح، فإن انقضت السنتان وجرح حرًا: اتبعه المجروح بما بقى [له](١)، وإن استوفى قبل ذلك: رجع إليه منها سنة.

وإن أسلم أحدهما، وقال الآخر: أفدى - فللفادى الخدمتان: خدمته، وخدمة الآخر. وينبغى على رأى أشهب أن يقوم مرجع رقبته، ويخيرون كلهم كالشركاء.

وعن ابن القاسم: يخير المخدم أولًا؛ لتقدمه، فإن افتداه: خدمه سنة، ولا رجوع له على المخدم الثانى، ولا على صاحب الرقبة، أو أسلمه: خير الثانى، فإن أسلمه خير صاحب البتل، فإن كان بعدهما إلى حرية: اختدمه المخدم فى الأجلين. فإن أدى الجناية، وقد بقى من خدمة أحدهما شيء: رجع فخدمه، ثم عتق. وإن افتداه الأول، فخدمه، فلم يستوف ما أدى: خدمه فى أجل صاحبه حتى يستوفى، فإن بقى فى أجل صاحبه شيء، فأخذه، فاختدمه، ثم خرج حرًا بعد انقضاء الأجل -: فإن كان مرجعه لثالث، فأسلم المخدمان: خير صاحب الرقبة، فإن أسلمه: كان للمجروح، أو افتداه: كان له بتلا.

وقيل: إن أسلمه المخدم الأول، وفداه الثانى: لم يختدمه إلا سنة، ثم يرجعه إلى ما أرجعه إليه سيده.

قال: وفيه نظر؛ لأنه إذا جنى أول السنة الأولى، وافتداه الثانى بعد أن أسلمه الأول، فالذى افتداه لم تأت سنته، والأول لا يمكنه أن يأخذ منه ؛ لأنه قد سلمها، والذى له مرجع الرقبة إنما هو له بعد سنتين، فكيف يأخذ هذه السنة؟ والأشبه: أن

(١) سقط فى ط.

تكون الستان للثانى الذى فداه.

قال ابن يونس: قال محمد: لم يختلف مالك وأصحابه، أنه إن أخدمه مدة، ثم مرجعه إليه، فقتل فى المدة - فقيمته لسيده؛ لأنها بدل عن الرقبة، وهى له، ولأن السيد لو أحدث دينًا لقوم على المبتل له بعد سنة، ولو مات السيد، وورث عنه؛ لأن المبتل لم يحرزه بعد، وإنما اختلف قوله إذا خدمه مدة، ثم مرجعه لفلان بتلا.

قال أشهب: [إن] قبضه المخدم حيازة له، وللمبتل له معًا: لا يلحقه الدين المستحدث، ولا يبطله موت سيده، وتقام قيمته إن قتل مقامه، يشترى بها من يخدم مكانه، ثم يصير لصاحب المرجع.

فإن أخدمه، فقتله السيد خطأ: فلا شىء عليه، ويغرم فى العمد القيمة، فتجعل فى يد عدل لواحد منهما للمخدم بقية الأجل، أو العمر إن أعمره إياه، فما فضل: فللسيد، وما عجز: فلا شىء عليه؛ لأنه لم يلتزم شيئًا فى ذمته عند الخدمة، وإنما ضمن فى العمد بسببه فى الإتلاف. وقال ابن القاسم: يشترى منها من يخدمه؛ تحقيقا للمساواة بين البدل والمبدل منه.

وإن أخدم أمته رجلًا، ثم هى حرة، فجرحته: اختدمها بالجناية، فإن استوفى: رجعت للخدمة بقية الأجل، فإن انقضت، ولم يستوف: اتبعها بالباقى، وكذلك إن جنت على عبده، كالمدبر يجنى على السيد.

فرع: فى الكتاب: إن جنى المعتق إلى أجل، فيفدى سيده الخدمة أو يسلمها، فإن فداه عتق العبد للأجل، ولم يتبعه بشىء؛ لأن جناية الرقيق لا تتعلق بذمته، وإن أسلمها: خدم العبد فى الجناية، فإن وفاها قبل الأجل رجع العبد لسيده، وإن أوفى[(١)] الأجل ولم يتم: عتق، واتبع ببقية الأرش.

قال ابن يونس: إن جنى على سيده فكالمدبر.

فرع: فى الكتاب: إن جنى المدبر، وله مال: دفع ماله لأهل الجناية؛ توفية بالعتق والجناية، وإن لم يكن فيه وفاء: أسلم السيد حصته، أو فداها بباقى الجناية.

---

(١) فى أ: حل.

وإن جنى المدبر على جماعة، فأسلم إليهم: تحاصوا في خدمته، ثم جرح آخر: حاص الأول؛ لمساواته في السبب: هذا بجنايته، والأول بما بقي له.

قال مالك: إن جنى المدبر خير سيده بين فداء خدمته لما جنى، أو يسلمها، فيختدمه المجنى عليه، فإن تم ماله والسيد حي: رجع إليه مدبرًا أو عتق في الثلث ببقية الجناية في ذمته. فإن أدركه دين يغترقه و مات السيد، والدين والجناية يغترقانه: بيع منه للجناية، فالمجنى عليه أحق برقبته؛ لتعلق الجناية بها دون الدين، إلا أن يقدمه أهل الدين ببقية الجناية. أو لا يغترقانه: بيع منه للجناية والدين، وعتق ثلث ما بقي.

وقال ابن القاسم: إذا جنى، وعلى سيده دين يغترق قيمته أو لا: فالجناية أحق بالخدمة، إلا أن يدفع إليهم الغرماء الأرش، فيأخذوه، أو يؤخروه حتى يستوفوا دينهم، فإن لم يأخذه الغرماء: أسلم للمجنى عليه يخدمه، فإن مات السيد، وعليه دين، ورقبته كافية في الدين، والجناية، وفضلة: بيع منه لذلك، وبدئ بالبيع للجناية، وعتق ثلث الباقي. وإن كان لا فضل في قيمته، أو هي أقل منهما: فالجناية أحق به؛ لتعلقها في رقبته، إلا أن يزيد الغرماء على قيمة الجناية، فيأخذوه، ويحط عن الميت قدر الزيادة.

وإن جنى، وله ماله، وعليه دين: فالغرماء أحق بماله؛ لاختصاص الجناية برقبته، أو لا مال له: فدينه في ذمته، والجناية في خدمته.

[و] في النكت: إن قيل: لم لا يخدم المجنى عليه المدبر والمعتق إلى أجل، إلى موت السيد وانقضاء الأجل؟ لأن السيد مالك الخدمة لهذا الحد وقد سلم ما يملك، فلا يقاصص بالخدمة في الأرش، ولم لا كانا كالعبد القن: إذا سلم تكون رقبته له، وإن كان فيها فضل الغنى، كذلك ههنا لا يأخذ من القيمة مقدار الأرش.

قيل: قد لا يبقى من الأجل إلا يوم، أو يموت السيد بعد يوم؛ فتبطل الجناية، ولا يمكن الرجوع على السيد؛ لأنه قد سلم ما يملك، ولا يطالب العبد - أيضًا - بالجميع؛ لأنه قد يسلم، فيملك المجنى عليه شيئين: ما أسلمه السيد، وجميع الأرش، وهو باطل؛ فتعين الأول مطالبة العبد بما بقي له، إن بقي له شيء، فإن استوفاه رجع للسيد.

ومعنى مسألة اجتماع الجناية، والدين: أنهم إذا افتكوه بالأرش فقط، ولم

يزيدوا: فإذا بيع وفضل عن الأرش فهو فى دينهم، فإن فدوه بزيادة كان الفضل عن الأرش لهم، ولا يحاسبونه به فى دينهم؛ لأنهم كأنهم ملكوه بتلك الزيادة، وفضله لهم.

وقوله: لم يزيدوا على الأرش، مثاله: الأرش خمسون، فيقولون: ندفعها لأهلها، وتسقط عشرة من ديننا عن الذمة - فبالإسقاط يصير ذلك كثيرًا منهم إن فضل عن الأرش: كان لهم، ولا يأخذونه من دينهم.

ومتى كانت الجناية عشرة، وقيمة العبد عشرة، والدين عشرة: فهو لأهل الجناية فقط إلا أن يفتكه أهل الدين، [فإن بقى] فى قيمته فضل عن عشرين: بيع الأرش، والدين، وعتق ثلث ما بقى؛ لاحتماله ههنا جزءًا من الحرية، والجناية إنما تتعلق بجميع الرقبة حتى يفك؛ لأنه يباع من الجانى بقدر الأرش.

فإن قيل: إذا استوى فى الدين، والجناية، والقيمة: إنما رق من جهة الدين لا من جهة الأرش؛ لأنه إذا انفرد الأرش لم يمنع عتق التدبير، واتبع ما عتق منه بما يقع عليه من أرش، وإذا كان الموجب لرقه إنما هو الدين، فلم لا يكون للجناية مقدار ما اغترقه الدين فقط، فيكون لهم فى المثال المتقدم نصفه؛ لأن الدين إنما اغترق فيه نصفه؟

قيل: يلزم أن يعتق من المدبر ما يتعين للعتق، وهو باطل؛ لأن بقاء بعض الدين يمنعه لو أخذ أهل الجناية مقدار ما اغترقه الدين، وقام أهل الدين فيما بقى، فإذا أخذوا شيئًا: قام أهل الجناية فيه؛ لأن الجناية أقوى لتعلقها بالرقبة، فلما كان لهم القيام كلما قام أرباب الدين، كان جميعه للجناية.

واعلم: أنها تصير مسألة دور، كقول أشهب فيمن أعتق عبدًا وعليه دين يغترق نصفه، ثم استحدث دينًا آخر، ثم قام جميعهم، وابن القاسم يخالفه، فانظر لم افترقا عند ابن القاسم.

وإذا جنى المدبر على سيده، فمات السيد قبل وفاء الأرش: فيعتق بعض المدبر فى الثلث، واتبع حصة العتيق بما يقع عليه، ورق باقيه للورثة وينبغى أن يكون ما يؤخذ من العبد كمال طرأ يدخل فى ثلثه؛ لأن المدبر يدخل فيما لم يعلمه السيد، غير أنّا إذا أعتقنا منه مثل ثلث ما نقص منه أولًا وجب أن يجعل على القدر الذى ازداد فى عتقه ما يقع عليه من الأرش؛ فكما امتنع جزاء العتق بما يؤخر به امتنع بما

يفضل.

قال التونسى: إذا جنى المدبر، قيل: يخير سيده فى إسلام جملة الخدمة، أو يفديها؛ لأنه الذى يملكه من المدبر.

وعلى هذا: لا يرجع بعد إسلامها، وإن عتق فى ثلثه: لم يتبع ببقية الجناية. وإذا لم يترك غيره، فعتق ثلثه: لا يتبع الثلث المعتق، ولا يخير الوارث. وإن كان الدين مثل الجناية، وقال أهل الدين: نضمن الجناية، ونأخذ العبد - لم يكن لهم ذلك، إلا أن يزيدوا؛ فتحصل الزيادة من الدين.

وفى الموازية: لو أراد الوارث أن يبيع منه بقدر الجناية التى أدوا، ويدفع الفاضل للغرماء، منع: ولا يأخذونه إلا على طرح ما دفعوا، ويباع كله للغرماء.

وفيه نظر؛ لأنه حق فى الشفعة لهم أخذها، و لا يكون الفضل للغرماء.

وإن اشترى بالخيار، فمات: للوارث الأخذ من ماله إذا لم يرد، وللغرماء أخذه، إذا لم يكن فى أخذه ضرر على الميت، ولم يقل: إن ذلك الفضل للغرماء.

واختلف فى جنايته بعد أن أسلم خدمته: لمن يكون خراجه؟ لسيده - وهو الأشبه - أو لأهل الجناية؟

وإذا كان الدين يغترقه، فترك أهل الدين [دينهم](١)، قيل: يعتق ثلثه؛ كمن مات ولا دين عليه، وقيل: الجناية أحق به؛ لأنها كانت استحقته كله.

وإن ولدت المدبرة، فجنت، فمات السيد مديونًا: بدئ بالجناية، فإن أحاطت برقبتها: أسلمت وحدها، ويكون الدين فى ولدها، إن اغترقهم: بيعوا، أو بعضهم: بيع البعض، وعتق ثلث الباقى، فإن اغترقت الجناية نصفها: بيع نصفها فى الجناية، وفض الدين على نصفها وعلى الولد فيباع منهم بالحصص، ويعتق ثلث الباقى، فيعتق من ولدها أكثر مما عتق منها؛ لأن الجناية ملكت بها، فما رق منها للجناية، وبيع كأن الميت لم يتركه، ولم يمت إلا عما رق منها، وعن ولدها.

فرع: فى الكتاب: إذا جنى العبد، وعليه دين: فدينه فى ماله، وجنايته فى رقبته، يسلمه سيده أو يفديه.

فرع: قال: إن مات سيد المدبر، وعليه دين يغترقه، وعلى المدبر دين - بيع فى

---

(١) سقط فى أ.

دين سيده واتبع هو بدين نفسه، ولغرماء السيد مؤاجرة المدبر فى دينهم إن أعدم السيد.

فإن جنى العبد على سيده فلا شىء عليه، وأما المدبر فيخدمه بالجناية: فإن مات، ولم يتبعها: عتق فى ثلثه، واتبع ببقية الجناية، أو عتق بعضه فى الثلث: اتبع بحصة ما عتق منه من بقيتها، ويسقط ما بقى.

وقال غيره: [لا يختدمه][(١)] السيد؛ لأنه مالك لرقبته، ولخدمته قبل الجناية. ولو فداه من أجنبى: لم يتبعه بما فداه، ولو أسلمه لاتبعه المجروح بما بقى إن عتق فى الثلث.

فإن جنى على سيده، وعلى أجنبى: اختدماه بقدر جنايتهما، قال سحنون: وهذه مثل الأولى.

فإن قَتَلَ مدبرٌ وحرٌّ قتيلًا خطأً: فنصف الدية على عاقلة الحر، ونصفها فى خدمة المدبر.

فإن قتل المدبر رجلًا عمدًا، فعفا أولياؤه على أخذ خدمته: فذلك لهم إلا أن يفديها السيد بجميع الدية، وليس لهم العفو فى رقه؛ لأنه مدبر.

فإن جنى، فأعتقه سيده، وأراد حمل الجناية: لزمه، وإلا حلف ما أراد حملها، ثم ردت خدمته، وخير بين إسلامه وافتدائه مدبرًا، فإن أسلمه وللمدبر مال: أديت منه الجناية وعتق، وإن لم يوف[(٢)] ماله: أخدمته، وأخدمه المجروح بما بقى وعتق، وإن لم يكن له مال: اختدمه، فإن استوفى والسيد أخدمه حى[(٣)]: عتق، أو مات السيد قبل أن يستوفى، والثلث يحمل المدبر: عتق، واتبع ببقية الجناية، وإن لم يدع السيد غيره: عتق ثلثه، واتبع بثلثى الأرش، ورق باقيه للمجروح إن كانت قيمة ذلك مثل ما قابله من قيمة الأرش؛ لأن سيده أسلمه حين كان له الخيار، ولا خيار فيه للورثة؛ لأن المورث أسلمه.

وإن لم يحلف السيد أنه ما أراد حمل الجناية: عتق، وكانت الجناية على السيد، فإن لم يكن له مال رد عتقه، وأسلم يخدم المجروح، فإن أدى فى حياته: عتق، ولم

---

(١) فى أ: يستخدمه.
(٢) فى أ: يوقف.
(٣) فى أ: حر.

يلحقه دين استحدثه السيد بعد عتقه.

وإن لم يوفها حتى مات السيد، وقد استحدث بعد عتقه دينًا يغترقه الغى، وعتق ثلثه، واتبع بثلثى بقية الأرش، ثم إن باعه أخذ فى ثلثيه بثلثى باقى الجناية: عتق، وإلا رق ثلثاه لأهل الجناية، إلا أن يكون فى ثمن ثلثيه فضل عن ثلثى باقى الجناية، فيباع من ثلثيه بقدر ثلثى باقى الجناية، وعتق الباقى، وإن كان للسيد مال يخرج من ثلثيه: عتق، واتبع بباقى الجناية، وإن كان دين السيد قبل العتق والجناية: فهو كمدبر لم يعجل له عتق.

ولو أن عبدًا بين رجلين دبر أحدهما نصيبه، فرضى شريكه، وتماسك وجنى: خير الذى دبر فى إسلام خدمة نصف العبد، أو دفع نصف الجناية، وجناية العبد فى رقبته، [والخدمة خدمته](١)، وما جنى المدبر فعقله(٢) لسيده بخلاف ماله، ومهر المدبرة كمالها هى أحق به - بعد موت السيد - من الوارث؛ لأنها استحلت به.

ويخير الذمى فى مدبره الذى فى إسلامه عبدًا؛ لأنه لا يمنع بيعه كما لو أعتق عبدًا، ولم يخرجه من يده، وإن فداه: بقى على تدبيره. وإن أسلم مدبره، ثم جنى: خير فى إسلام خدمته، وفدائه فيؤاجر له، ولا يختدمه ؛ لأن مدبر الذمى إذا أسلم لزمه تدبيره، وأجرته عليه؛ لأنه حكم بين مسلم وذمى. وإذا أسلم مدبر الذمى، ثم قتل، أو جرح: فعقله لسيده.

فى التنبيهات: قال فى المدبر يكون له مال: يبدأ بماله، وقال: إذا أعتقه، وحلف: ردت خدمته، وخير سيده. فإن أسلمه، وله مال: أخذ من المدبر، فجعل تخيير السيد أولًا قيل: إنه مما يختلف فيه: هل يبدأ بمال المدبر، ومن يعينه؟ فإن فقد: خير السيد، وهو ظاهر كتاب أول الجنايات فى الجانى يعتق.

قال: قال اللخمى: وهذا على الخلاف هلا يرجع إلى فداء السيد رقيقًا أوحرًا؟ فعلى الأول: يبتدأ بماله، وعلى الثانى: يبتدأ بتخيير السيد، وظاهر الكتاب: بطلان العتق، وهو كشرائه، وقد بطل التدبير بالجناية.

ومثله عن ابن كنانة فى العبد يجنى، ثم يعتقه سيده؛ فإنه يحلف ما أراد حمل

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: فعلقه.

الجناية، ويرد عتقه، ثم إن فداه: بقى له عبدًا، ووالاه عنده، إن كان للجناية عند العتق، وعن ابن القاسم: إن فداه: عتق؛ تنفيذًا لعقد التدبير.

قال التونسى: إنما ينبغى - على مذهب ابن القاسم - أن يخير السيد أولًا، فإن فداه لم يحلف، وإلا حلف.

قال ابن يونس: قال محمد: إن لم يكن للسيد مال: لم أستحلفه، وأسلمه للمجروح يختدمه؛ لعدم الفائدة فى التحليف، ومتى رجع وسيده حى: لا يضره الدين المستحدث، وإن لم يرجع حتى مات سيده: بطل عتق البتل، وعتق بالتدبير؛ فيكون الدين المستحدث أولى به، وتكون الجناية أولى به من الدين، إلا أن تكون فيه فضلة عن الدين والجرح؛ فيعتق من تلك الفضلة ثلثاه ويرق بقيتها.

وإن جنى المدبر صغيرًا لاكسب له قال محمد: لا شىء عليه ولا على سيده، حتى يبلغ العمل ويطيقه، فإن مات قبل ذلك: سقط حق المجروح، وكذلك المدبرة التى لا عمل عندها ولا صنعة.

فرع: فى الكتاب: إن جنت أم الولد: لزم سيدها الأقل من الأرش، أو قيمتها أمة يوم الحكم، زادت قيمتها أو نقصت؛ لتعذر رقها، وكذلك ما أفسدته بيدها، أو دابتها، أو بتسببها، فإن كان الأقل أكثر من قيمتها: لم يتبع السيد بما زاد، ولا هى إن عتقت؛ لأنها لو كانت قنا وأسلمت: لم يكن عليها فضل الجناية، ويحاص أهل الجناية غرماء سيدها بذلك، وتقوم أمة بغير مالها؛ لتعلق الجناية برقبة الرقيق، وقيل: به؛ لأنه زائد[1] فى قيمتها، ولا يقوم ولدها معها، وإن ولدته بعد الجناية؛ لأنه رقيق آخر.

وإن قتلت رجلًا خطأ فلم ينظر فيه حتى قتلت آخر خطأ: فقيمتها بين أوليائهما[2] نصفين، وإن حكم فى الأول بالأقل وجب للثانى الأقل -أيضًا - يأتيه يوم الحكم، وكذلك يفديها كلما جنت، إلا أن يتأخر الحكم حتى تجتمع جنايات: كل جناية مثل قيمتها فأكثر، فلا يقوم إلا قيمتها؛ لعدم الحكم المعين للأول شيئًا، كالعبد يجنى فيفتديه، ثم يجنى فيخير فيه ثانية بالفداء والإسلام، أو إن اجتمع عليه جنايات قبل

(١) فى أ: رأى.
(٢) فى أ: أولاهما.

أن يفديه: خير بين دفع قيمة ما جنى لكل واحد منهم أو يسلمه فَيَتَحَاصَصُ فيه بقدر جناياتهم.

فإن جنت أقل من قيمتها، ثم على آخر أكثر من قيمتها: فعلى سيدها قيمتها لهما: يقتسمانها بقدر الجنايتين.

فإن قام(١) أحدهما، والآخر غائب: فله الأقل من أرشه، أو ما ينوبه فى المحاصة مع الغائب من قيمتها الآن، ثم إن قام الآخر: فله الأقل من جنايته، أو حصته من قيمتها يوم يقوم، وإن جنت، ولم يحكم عليها حتى جُنِيَ عليها ما أخذت له إن شاء، فعلى سيدها الأقل من أرش الجناية أو قيمتها معينة يوم الحكم فيها مع الأرش الذى أخذه فيها، وكذلك العبد يجنى، ثم يجنى عليه قبل الحكم: فيخيره فى إسلامه مع ما أخذ من أرش أو يفديه، وهذا إذا أخذ فى أرش أقل من دية ما جنى، فإن كان فيه وفاء بذلك أو أكثر: فلا خيار للسيد، ويؤدى من ذلك للمجنى عليه الأرش ويبقيان لسيدهما؛ جمعا بين المصالح.

وإن قتلت عمدًا، فعفا الولى على قيمتها: لم يلزم السيد إلا أن يشاء؛ لأن جناية الرقيق لا تتعلق بالسيد، فإن أبى: فلهم القتل أو العفو، كالحر يعفى عنه على الدية، فيأبى.

وقال غيره: يلزم السيد غرم الأقل من القيمة، أو الأرش، وليست كالحر، بل كالعبد.

وإن عفا على أخذ رقبتها: امتنع؛ لتعينها(٢) للحرية، وإن رضى السيد، وكذلك المدبر.

وإن جنت، ولم يحكم فيها حتى ماتت: فلا شىء على السيد؛ لأن جنايات الرقيق فى رقابهم. [وإن جنت](٣)، ومات السيد، ولا مال له: فلا شىء على أم الولد.

قال غيره: ذلك وإن قاموا على السيد حيًّا، فإن مات قبل قيامهم: فلا شىء عليه، وهو عليها؛ لأن الجناية عليها، وما جنى عليها: فعقله لسيدها، وكذلك المدبرة.

---

(١) فى أ: قال.
(٢) فى أ: لنفسها.
(٣) فى أ: وإن تمت.

وإن اغتصب حرة فعليه صداقها، أو أمة، أو أم ولد، أو مكاتبة، ولم ينقصها ذلك: فلا شيء عليه إلا الحد؛ [لأنه يجرى مجرى][(١)] الأموال لا يضمن إلا بالنقص، فإن نقص فذلك للسيد، وتحاص المكاتبة به فى نجومها، ويقوم كل من عليه علقة رق قيمة عبد.

وإن جنت على سيدها: فلا شيء عليها.

وإن ولدت من غير السيد بعد أن صارت أم ولد، فجنى الولد بأكثر من قيمته، أو أقل: خير السيد فى فدائه، ويبقى على حاله، أو يسلم خدمته، فيختدم بالأرش، فإن وفى رجع لسيده، وإن مات السيد قبل الوفاء: عتق تبعًا لأمه، وبقية الأرش عليه؛ لأنه الجانى، بخلاف أمه، وللمجنى عليه أخذ خدمة الولد حتى يتم حقه، إلا أن يفتكه السيد بدية الجناية. ويفدى الذمى أم ولده بالأقل، وله إسلامها رقًّا؛ لأنا لا نمنعه بيعها، ويحل وطؤها للمسلم إليه ولمبتاعها.

وإن استدانت أم الولد من تجارة [أذن لها فيها][(٢)]: ففى ذمتها كالعبد.

وإن جنت أم الولد، فوطئها السيد، فحملت: فإن لم يعلم بالجناية أدى الأقل من قيمتها يوم حملت أو الأرش، فإن لم يكن معه [مال أسلمت للمجنى عليه][(٣)] اتبع به، وإن علم قبل الوطء: لزمه جميع الأرش، وإن زاد على قيمتها؛ لأنه رضى، فإن لم يكن له مال: أسلمت للمجنى عليه، ولا شيء عليه فى الولد؛ لأنه لا يسلم أمة بولدها.

والابن يطأ جارية من تركة أبيه، وعلى الأب دين يغترقها، فإن علم به، وبادر الغرماء: لزمته قيمتها، فإن لم يكن له مال: بيعت لهم، وإن لم يعلم: اتبع بقيمتها فى عدمه، وكانت له أم ولد. وقال غيره: هذا بخلاف وطء السيد، وعلى السيد إسلامها فى عدمه، وإن لم يعلم بالجناية؛ لأنه لو باعها ولم يعلم بالجناية، وأعتقها المبتاع لم يكن له ذلك فوتًا. ولو باعها الورثة، ولم يعلموا بالدين، وأعتق المبتاع لم يرد العتق، وإنما لهم الثمن إن وجدوه، وإلا اتبعوا به من أخذه.

فى التنبيهات: قوله: أو ماتت قبل سيدها، وقبل الحكم: لا يكون على السيد

---

(١) فى أ: لأنه يجرين مجرى.
(٢) فى أ: أذن له منها.
(٣) سقط فى أ.

شيء، لم يذكر ألها مال أم لأبيه عليه، قال عبد الملك: إن كان لها[١] مال، وهو عين: فللمجروح عقله منه، وإن قصر[٢]: لم يكن للمجروح غيره، وإن كان عرضًا: خير سيدها في افتكاكه بالأرش أو إسلامه.

وقوله: إن مات السيد فلا شيء على أم الولد، وقال غيره: إنما ذلك إن قاموا على السيد حيًّا - لم يبين ما على السيد ههنا، وظاهر قوله: أن مذهبه إلزام السيد الأقل من قيمتها أو الأرش، وكذلك جاء مفسرًا في سماع أصبغ.

وعن سحنون: لا شيء على ورثة السيد، ولا يكون لهم أن يفتكوها من مال السيد، ويكون ذلك عليه[٣] يتبع بالأقل من قيمتها، أو أرش الجناية؛ فيتحصل ثلاثة أقوال:

عند ابن القاسم: ذلك على السيد.

وعند سحنون: عليها.

وعن ابن القاسم: لا شيء عليها، ولا على السيد إلا أن يكونوا قاموا عليه.

في النكت: قيل: الأمة الجانية إذا وطئها السيد عالمًا بالجناية، ولا مال له: أنها تسلم إن لم يكن فيها فضل، [وإلا تبع][٤] بقدر الأرش أو الباقي بحساب أم الولد، على أحد الأقوال، ولابد أن تستبرأ الأمة الجانية وإن لم يظهر حمل، ولا يتهم[٥] في الإقرار بالوطء، كانت وخشًا أم لا.

قال بعضهم: إن حملت فالقيمة إنما تكون يوم الحمل لا يوم الحكم؛ لأن فوتها بالحمل، وإن كان لها مال قومت بمالها عند ابن القاسم وغيره، بخلاف أم الولد الذي اختلف في تقويمها، والفرق: تعلق الجناية برقبة هذه، ومالها، ووطؤها منع من رقبتها بالحمل وهو حادث، وأم الولد ممنوعة الرقبة؛ فاحتيج في قيمتها لمالها.

وإذا وطئ الأمة عالمًا، وسلمها: لا شيء عليه في الولد، والابن يطأ من تركة أبيه يلزمه قيمة الولد؛ لأن الأمة الجانية لا تسلم بولدها، وإن حدث بعد الجناية، وفي

---

(١) في أ: له.
(٢) في أ: قصد.
(٣) في أ: عليها.
(٤) في أ: وإلا بيع.
(٥) في أ: يفهم.

الدين: تباع مع ولدها، وألزم الواطئ عالمًا، الأرش، ولم يحلف أنه [لم يقصد التزام][1] الأرش، كما إذا أعتق عبدًا بعد الجناية؛ لأنه في العتق يحتج بأن يقول أردت أن يتبع هو بالأرش في ذمته، ولا حجة له في الحمل، وواطئ الأمة من تركة أبيه إنما يلزمه الأقل من قيمتها أو الدين، وإن وطئها عالمًا بالدين: لا يلزمه الدين كله، فما يلزمه الأرش كله في الجناية إذا علم بجنايتها؛ لأن الدين لا يتعلق بعينها خاصة، وإنما الحكم: أن تباع فيه: فإن كان [ثمنها][2] أقل، فهو الذي أتلف على الغرماء، وإن كان دينهم أقل فلا حجة لهم، والجناية متعلقة بالرقبة، ولو هلكت الرقبة بطلت الجناية.

قال التونسي: في الموازية: إذا جنت أم الولد: يفديها بالجناية كلها، أو يسلمها، قال: وهو صواب؛ لأنه إذا قدر على إسلامها لم يفدها إلا بالجناية كلها، كالعبد، والأحسن: تقويم أم الولد بحالها؛ لأنها لو كانت أمة أسلمها بمالها فكذا يجب أن يفديها، وفي الكتاب خلافه؛ ولذلك إذا ولدت [من غير سيدها][3]: يسلم الولد معها؛ لأن الجناية متعلقة بعينها، وهو من نمائها؛ فيكون للمجني عليه، كما لو هلكت كان ضمانها منه. وكذلك إن اعتلت علة بعد الجناية: أسلمها معها. وإذا مات ولا مال له: فلا شيء عليه ولا عليها، وقال غيره: ذلك عليها؛ لأنها الجانية.

وفي الموازية: إن ترك السيد مالًا: أخذت الجناية من ماله، وقد يقال: لا شيء على السيد إن ترك مالًا؛ لأنه إنما بطلت بقيمتها يوم يقام عليه وله مال، والتركة ملك غيره بالإرث، إلا أن يقال: الجناية متعلقة بذمته.

وإن جنى عليها، أو مات السيد قبل قبضه: فقيل: ذلك لها، وقيل: لسيدها، وهو الأصوب. وإن جنت الأمة، فباعها سيدها، ولم يعلم، فأولدها المشتري - فإن افتكها السيد تم البيع، وإن لم يفدها البائع: فداها المشتري بالأقل من قيمتها أو دية الجناية، ويرجع على البائع بالثمن، إلا ما يقع على المشتري من قيمة الولد، يفض الثمن على قيمة الولد والأم، كأنه اشتراهما معًا، ورجع على البائع بحصة الأم، قال: وفيه نظر؛ لأنه لم يكن معها وقت البيع.

---

(١) في أ: لم يلزم بقصد التزام.
(٢) سقط في ط.
(٣) في أ: من غيرها.

قال ابن سحنون: إن جنت أم الولد على رجلين موضحة، فقام أحدهما، فأسلم إليه سيدها قيمتها، ولم يعلم بالآخر، وكانت قيمتها يومئذ مثل أرش الموضحة سواء، فلم يقم الثانى حتى جرحت ثالثًا موضحة، ثم قام هو والثانى: رجع السيد على الأول بخمسة وعشرين؛ لأنه إنما كان له يوم قام نصف الجناية، ثم ينظر إلى قيمتها اليوم: فإن كانت ستين: فقد جنى على الثالث، فعتقها المفتك، وهو فارغ، والنصف الآخر، وهو مرتهن بجناية الثانى، فنصف موضحة فى النصف الفارغ يفتكه السيد بخمسة وعشرين؛ لأن نصف جنايته أقل من نصف قيمتها الآن، والنصف الثانى بينه وبين الثانى على ما بقى لهما، والباقى فى جنايته، وللثانى فى جميع جنايته، فيقتسمان نصف قيمتها ثلاثًا وثلاثين: فللثالث: ثلاثة عشر، وللثانى: الباقى.

وعن ابن القاسم: إن قام الثانى أوالثالث رجع بنصف ما أعطى الأول، ويعطى هذين إن شاء دية جرحهما [كاملًا][1]، أو قيمتها الآن؛ فتكون بينهما نصفين. وأنكر سحنون قوله: نصفين، وقوله: دية جرحهما كاملًا.

وإن جنى على أم الولد، فأعتقها قبل أخذ الأرش، قال محمد: هو لها كمالها. وقال أشهب: للسيد؛ لأنه استحقه قبل العتق. وأما العبد يعتقه، أو يهبه بعد علمه بالجرح: فلسيده، وإن لم يسلمه، بخلاف ماله. وقال أشهب فى أم الولد الذمى: لا يفديها إلا بجميع الأرش، فإن جنت، فأسلمت قبل الحكم قال ابن حبيب: يفديها، وتعتق عليه، أو يسلمها؛ لأنها مرتهنة بالجناية قبل أن تسلم، فإن أسلمها، وفى ثمنها فضل: بيع منها للجناية، وعتق الباقى، وإن كانت كفافا، أو أقل من الجناية: رقت للمجنى عليه، فإن أسلمت، ثم جنت قبل أن يحكم بعتقها: عتقت، وعلى السيد الأقل من جنايتها أو قيمتها، كأم ولد المسلم؛ لأنه لم يكن يقدر على بيعها، ولا إسلامها، ولو ماتت قبل الحكم بعتقها لورثتها بالرق، وإن قتلت: أخذ قيمتها قيمة أمة، وإن أسلم: فهو أحق بها، وإن جنى عليها فالأرش لسيدها فى القياس، والاستحسان: أن يكون لها إن لم يسلم سيدها، ويعرفه ابن حبيب مرة بالجناية قبل الإسلام، أو بعده استحسان، والقياس: عدم الفرق؛ لأن إسلامها ليس بعتق، ولأن

(١) سقط فى ط.

الجناية إنما تستحق يوم الحكم، وقد صادفها ذلك قبل العتق؛ فوجب على السيد الأقل من قيمتها أو الأرش، ولم يكن له أن يسلمها؛ لأنها بالإسلام صار لها حكم أم الولد المسلم؛ لأنه حكم بين مسلم وذمى.

وعن ابن القاسم: إن أسلمت، ثم جنت قبل أن تعتق عليه: اتبعت بالجناية دون سيدها، ولا يجتمع أنها تعتق عليه، ويغرم.

قال اللخمى: إن قتلت أم الولد خطأ، أربعة أقوال:

قال مالك: يفديها بالأقل من الجناية، أو قيمتها يوم الحكم.

وقال المغيرة: الأقل من الجناية أو القيمة يوم جنت.

وقال ابن عبد الحكم: لا شيء عليه، بل فى ذمتها.

وقال ابن الجهم: يخير السيد بين أرش الجناية، أو يسلم ما بقى له فيها من الخدمة، فيستخدمها، أو يؤاجرها، ولا يلحقه من جنايتها أكثر مما يملك، فإن وفت: رجعت إليه، وإن مات: عتقت، واتبعت بالباقى.

قال: وهو أبين كالمدبرة، بل أم الولد أقوى حرية، فإذا لم تلزمه قيمة المدبرة فأولى ههنا.

وإذا جنت، ثم جنت قبل الفداء قيل: إن كانت قيمتها مثل أقل الجنايتين فإنها تكون بينهما بالسواء؛ لأنه لو انفرد أحدهما أخذ جميعها، فلا عبرة بالأكثر، بخلاف المفلس يكون ماله أقل الدينين؛ لأن تلك معاملات تؤثر فيها فى يديه بالقلة والكثرة بحسب ما تسلم، وله ذمة تتبع. وإن استوت الجنايات، وقام أحدهما أولًا: فله الأقل من جنايتها، أونصف قيمتها يوم الحكم له، فإن قام الأول، ولم يعلم بالثانى، فافتداه منه السيد، ثم قام الثانى: نظر ما ينوب الأول فى الحصاص لو علم بالثانى، فيترك، وانتزع منه السيد الفضل، ثم دفع للثانى الأقل من جنايته، أو نصف قيمتها اليوم. وإن علم بالجنايتين، فافتدى من الأول دون الثانى حتى جنت على ثالث: فالجناية الثالثة تفض على نصف لا جناية فيه، ونصف فيه جناية. وإذا جنت الأمة، ثم أولدها سيدها: يختلف فيها فى أربعة مواضع:

إذا كان غير عالم موسرًا: هل القيمة يوم الحكم أو يوم الحمل؟

وإن كان معسرًا غير عالم: هل تمضى أم ولد أو يأخذها المجنى عليه؟

وإن كان عالمًا موسرًا: هل تعد إصابته رضا، فيحمل الجناية أم لا؟

[وإن كان معسرًا، أو كان له أن يأخذها: هل يتبعه بقيمة الولد أم لا؟][(١)] قال ابن القاسم فى الأول: القيمة يوم الحكم، وفى الثانى: تمضى له أم ولد بالأقل من قيمتها، أو قيمة الجناية، كالمحبل أمة من تركة أبيه.

وفى الموازية: إن كان عالمًا موسرًا: فهو رضا بحمل الجناية، وهذا إذا علم الجناية، وما يوجبه الحكم أنه يمنع منها، إلا أن يتحملها، فإن جهلها: حلف أنه جهل الحكم.

وفى الموازية: إذاً حملت بعد الجناية: أسلم ولدها معها، فعلى هذا: إذا كان عالمًا فقيرًا، و أسلمت الأمة: اتبع بقيمة الولد.

فرع: فى الكتاب: جناية العبيد بينهم كالأحرار: نفس العبد بنفسه، وجرحه بجرحه، ويخير سيد المجروح فى المجروح فى القود، وأخذ العقل، إلا أن يسلم إليه الجانى؛ لأن العبد فيما جنى المجروح.

وإن قال سيد المجروح لا أقتص بل آخذ الجارح إلا أن يفديه سيده بالأرش؛ [وقال سيد الجارح: إما أن تقتص أو تنزع - فالقول لسيد المجروح، وكذلك فى القتل][(٢)] لأنه المستحق.

وإن مات الجانى قبل تخيير السيد: بطلت الجناية؛ لأنه إنما تلزمه القيمة يوم الحكم، ولا قيمة للميت، وإن كان للجانى مال: فهو مع رقبته فى جنايته، أو يفديه سيده بالعقل، وللرجل أن يقتص من عبده لعبده فى النفس والجرح، ولا يكون ذلك إلا عند الإمام بالبينة.

وإن جرح عبدًا أو قذف، فادعى سيده عتقه قبل ذلك: لم يصدق، وأرشه أرش عبد يكون للعبد دون سيده؛ لإقراره بحريته.

وإن جرح السيد عبده، أو قذفه، فثبت أنه أعتقه قبل ذلك: فلا شيء عليه، إلا أن يحكم عليه بالعتق، وحكمه حكم الحر مع الأجنبى دون السيد؛ استصحابًا للشبهة.

وقال غيره: إن جحد السيد العتق، وثبت ببينة: فله حكم الحر، له وعليه، مع

(١) سقط فى أ.
(٢) سقط فى أ.

السيد، وغيره.

قال التونسى: إن جرح عبدين: ليس له أن يسلم بعضه، ويفدى بعضه، إلا أن يكون لهما سيدان؛ فله الفداء من أحدهما، والإسلام للآخر.

وإن جنى عبدان على عبد: فإنه يسلم أحدهما بنصف الجناية - إن شاء - ويفتدى الآخر، ولا ينظر لقيمة الجارحين، بل قيمة العبد المقتول أوالجرح.

وفى الموازية: إن قتل عبد بينهما أجنبيًا، ثم قتل آخر سيده، خير ورثة المقتول فى إسلام نصفهم بجنايته، أو افتدوه بنصف الجناية؛ لأن هذا النصف جنى على سيده، وأجنبى، وعلى السيد يطرح لا يحاص به؛ كما لو قطع يد أجنبى، ثم قطع يد سيده، فخير السيد فى إسلامه فى الجناية كلها، ولا يحاص الأجنبى، أو يفديه، فإن أسلم النصف للأجنبى، قيل للمجنى عليه: نصفك جنى على الأجنبى نصف جناية، وعلى شريكك نصف جناية، فإن أسلمته فهو بينهما نصفان، أو يفديه، فإن أسلمه النصف للأجنبى صار ثلاثة أرباعه للآخر، وربعه لورثة الشريك.

وإن جرح عبدُكما أحدكما، قيل لغير المجروح: إما أن تسلم نصيبك كله، أو تفديه بنصف دية الجرح.

فإن جنى عبدان على رجل، ثم قتل أحدهما الآخر، وسيدهما واحد: خير فى فداء الباقى بالجناية كلها، وذلك دية حر، أو فدائه بنصف دية حر، وقيمة الغلام ما كانت؛ لأن فى رقبة كل واحد منهما نصف دية الحر، يفديه سيده أو يسلمه.

وإن قطع عبد يد حر، ثم يد سيده، ثم يده، ثم جنى آخر على العبد، فقطع يده - قيل: أرش يد العبد للأول، ثم يضرب مع الثانى بجميع دية يده، ولا يحاسب الأول بما أخذ من قيمة العبد، وقيل: الأرش بينهما على قدر جراحهما، كرقبته.

وقال أشهب: نصفه للسيد، ونصفه للأول، قال محمد: هذا ضعيف، بل يكون للأول ؛ لأنه جنى عليه بعد استحقاق الأول رقبته. فينظر ما هو، فيحط من جرح الأول، فإن كان ثلث جرحه سقط[1] ثلث جرح الأول، أو ضرب بثلثى دية جرحه فى رقبة العبد، وضرب للثانى بدية جرحه كلها؛ لأن الجناية على الثانى بعد أن قطعت يده، فلا شىء له من قيمة العبد، والأول أخذ بعض دية يده؛ إذ هو أحق

(١) فى ط: فقط.

برقبة العبد؛ فوجب أن يحط بالذى أخذ من جنايته؛ فلهذا ضرب فى رقبة العبد ببقية جنايته، ويضرب للثانى بجنايته كلها.

وإن جنى العبد بعد قطع يده على ثالث، فقطع يده: يحسب ما نقص العبد بجنايته، كأنه استوفاه، وتبقى له بقية جنايته يضرب بها مع الثانى بجميع [جناية] الثانى، مثل: أن تكون اليد من العبد ثلثه، فيسقط فى جناية الأول ثلثها، فيبقى له ثلثان سهمان، وجناية الثانى ثلاثة أسهم، فإن كانت الجنايتان مستويتين: فهو بينهما على خمسة أسهم.

فإن جرح عبد عبدًا موضحة، فجرحه المجروح أيضًا موضحة - فلا قود بينهما، ولا يخير السيدان. فإن اختلفت قيمة رقابهما: خير سيد الدنى فى فدائه[1] بما فضل من موضحة الرفيع، أو يسلمه.

وقال محمد: يخير سيد الجارح الأول أن يسلمه أو يفديه، فإن أسلمه كان للعبد الجارح الآخر؛ فلا غرم ولا شىء لسيد الجارح الأول[2] ؛ لأن عبده إنما جرح بعد أن صار مرتهنًا بجرح الأول؛ فصار ما يحدث له وفيه مرتهنا يسلم فى ذلك بماله من دية جرح ومال، ليس للجارح الآخر أن يبطل ذلك عن سيده، ولا أن يفتدى لنفسه. وإن فدى غيره الجارح الأول، وطلب جرح عبده، قيل لسيده: افده، أو أسلمه.

فإن اصطدم عبدان، فماتا: تساقطا، وإن اختلفت أثمانهما إلا أن يكون لهما أموال؛ فيكون مثل الجراح حينئذ.

وإن جرح العبد، وقال السيد: أعتقته قبل، ولم يصدق، وقال الجارح: أمكنه من القصاص - فذلك له، ولا يلزمه ما نقص العبد؛ لإقرار السيد أنه حر. وإن كان خطأ أقل من الثلث: فعليه الأقل من ديته حرًا، وما نقص من قيمته، وإن بلغ[3] الثلث: لا يتبع بالجناية؛ لأنه يصدق سيده فلا يلزمه ولا العاقلة؛ لأن قول السيد لا يلزم العاقلة.

وإن كانت الجناية بينه وبين السيد وثبتت، وقد اغتله: فلا يرجع العبد بالغلة،

---

(١) فى أ: فداه.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: بلغت.

عند ابن القاسم، ولا بأرش الجرح، ولا صداق المثل إن وطئها، ولا بما نقصها.

وقيل: يرجع بالكل، غير أنه لا يجب، وكذلك قال ابن القاسم:

وإن اشتراه فثبتت حريته: لم يرجع بالغلة، وإن هلك: لم يضمن ثمنًا، أو استحقت أنها حرة: لا صداق لها، وخالفه المغيرة، وهو القياس.

قال اللخمى: إن جرح العبد رجلًا، فقال السيد: أعتقته قبل، وكذبهما المجروح، وللعبد مال: أخذ منه دية الجرح، وإلا خير السيد بين فدائه، أو إسلامه، فإن فداه: عتق عليه بإقراره، وإلا أخذه المجروح رقيقًا، وإن صدقهما: اقتص، أو يخير على دية الجرح، ويتبعه فى الذمة. وإن صدق السيد، وقال العبد: أنا عبد - امتنع القصاص، وله دية الجرح من [العبد،][1] لأن السيد لا يمكن من جرح العبد.

وإن قال العبد: أعتقنى سيدى، وصدقه المجروح، وكذبه السيد - قدم السيد؛ صونًا لماله، وخير بين الفداء بدية الجرح، ويبقى فى يده عبدا، أو يسلمه، فيقتص منه ويكون حرًا.

فرع: فى الكتاب: إن أقر العبد بما يلزمه فى جسده قتل، بخلاف المال، وقد تقدم فى الحدود بسط هذا الفرع.

فرع: قال: إن جنى المكاتب، وأدى جميع العقل: بقى على كتابته، وإلا عجز، وخير سيده فى فدائه وإسلامه، وعجزه عن الأرش من قبل القضاء وبعده سواء. وإن قوى على الحال من الكتابة دون حال الأرش: فقد عجز، ولا ينجم عليه الأرش، كقيم المتلفات، بخلاف العاقلة؛ لأنها غير[2] جانية، فإن عجز عن الأرش، وأداه السيد: فقد عجز.

وإن جنى على سيده، فلم يعجل له الأرش: عجز[3]، والأرش أقوى؛ لتحقق سببه، والكتابة لطف بالعبد لا معاوضه محققة. وله دفع أم ولده فى جنايته إن خاف العجز، كبيعها فى عجزه.

وإن صالحه أولياء جناية العبد على مائة، فلم يؤدها حتى عجز: فإن ثبتت خير

---

(١) سقط فى أ.
(٢) فى أ: عين.
(٣) فى أ: عجل.

فى إسلامه وافتدائه بالأقل من المائة، أوقيمة الأرش.

وإن أقر بقتل، فصولح على مال: امتنع قتله فى العمد؛ لإقراره، فإن لم يقتصوا: لم يكن لهم فى ماله شىء ولا فى رقبته إن عجز.

وإن أقر بقتل خطأ: لم يلزمه شىء عجز أو عتق؛ لأنه مال لا يلزم، أو بدين لزم ذمته: عتق، أو رق.

وإن قتل رجلًا عمدًا له وليان، فعفا أحدهما: فإن أدى المكاتب للآخر نصف الدية، وإلا عجز، وخير سيده فى إسلام نصفه، أو افتدائه بنصف الدية، ولا شىء للعافى إلا أن يزعم أنه على الدية [ويهتدف إلى ذلك][1]، وإلا فلا يقبل قوله.

وإن جنى، ثم عتق بالأداء قبل القيام عليه: فلا عتق له، إلا أن يؤدى الجناية حالة، وإلا رق، وخير سيده فى فدائه، أو يسلمه، ويؤدى معه ما اقتضى من نجم بعد الجناية؛ لأن الخروج من الرق فرع الخروج من الجناية؛ لقوة سببها، وتعلقها بالرقبة.

وإن مات، وعليه دين، وجناية خطأ: فما له للدين؛ لأن الجناية فى رقبته، فإن فضل شىء، فهو لأهل الجناية، وإن لم يكن دين: فالمال للجناية دون السيد، إلا أن يدفع الأرش، والعبد مثله، وإن لم يترك مالًا: بطل الدين.

وإن حدث للمكاتب ولد فى الكتابة لم يلزم الولد دين، ولزمته الجناية فى حياة الأب إن عجز الأب؛ ليخلص نفسه من الرق؛ لأنه تبع لأبيه، فإن لم يؤدها عجز.

قال غيره: وكذلك الدين إذا لم يؤده الولد عجز؛ إذ لا تؤدى كتابة قبل دين، وإلا فإن عجز أسلم السيد الجانى وحده، أو فداه، والدين باقٍ فى ذمته.

قال غيره: وإن أدى الولد الدين، والجناية وعتقا: لم يرجع على أبيه بشىء؛ لأنه خلص نفسه.

قال ابن القاسم: إن مات الأب قبل القيام عليه، ولم يترك مالًا: بطلت الجناية والدين ولم يلزما الولد، وهو عديم، إنما كان للأب معونة مال الولد فى خوف العجز فى حياته، فإن طولب الأب، وهو عديم، فاختار الولد أداءها، وتمادى على الكتابة، فلم يؤدها حتى مات الأب: لزمته.

---

(١) فى أ: ويستدى وإلا فلا.

وإن مات مكاتب مديونًا، وترك عبدًا قد جنى قبل موته، أو بعده: فالجناية أولى بالعبد؛ لتعلقها برقبته، إلا أن يفتكه الغرماء بالأرش، وكذلك عبد الحر المديان ومن جنى مالًا تحمله العاقلة، وعليه دين وليس له إلا عبد اشترك فيه الجناية، والدين؛ للزومهما فى الذمة.

فى التنبيهات: قوله: أرش الجناية حال، معناه: إذا كانت قتل نفس، فالدية حالة، بخلاف الحر. وقيل فى العبد يفديه سيده فى قتل الخطأ بالدية: انها تنجم عليه، ويلزم ذلك فى المكاتب إن عجز عنها حالة وفداه سيده تنجم على السيد، وإن لم تنجم على المكاتب؛ لأن فى تنجيمها على المكاتب والعبد إضرارَ السيد؛ إذ لا يمكن أن يؤدى إليه من الكتابة شيئًا حتى يؤدى الجناية، وتأخير الكتابة ثلاث سنين ضرر.

قال ابن يونس: قيل: إن أدى عنه سيده الأرش على ألا يرجع عليه بما أدى، بقى على حاله مكاتبًا؛ لأن الجناية سقطت. وعلى أن يتبعه: فعلى مذهب من يرى أنه يعجز عبده عن[1]. الكتابة: يرجع له العبد رقًا.

وإن باع أم ولده من غير خوف العجز، فعلى القول بأنها أم ولد إذا عتق قيل: ينبغى أن يرد البيع إلا [أن يفوت][2]. بعقد حرية، فيمضى ذلك فيها؛ لأن غايتها العتق، وقد حصل، وعلى القول بأنها لا تكون أم ولد: لا يرد البيع.

قال أشهب: عجز المكاتب عن دينه - كعجزه عن الأرش - يبطل[3] الكتابة، ويتبع بذلك فى ذمته. وخالفه محمد؛ لأن العبد المدين العاجز عن الدين يصح أن يكاتب [عبده][4]، ولا تصح مكاتبته، وفى عتقه[5] جناية وإن قلّت، فقد قال مالك: إن أدى كتابته، فقام غرماؤه لطلب ما أدى: لا سبيل لهم عليه إلا أن يكون المأخوذ من أموالهم.

قال التونسى: اختلف فى ولدها يولد بعد الجناية: هل يسلم معها أم لا؟ قال:

---

(١) فى ط: على.
(٢) فى ط: إلا يفوت.
(٣) فى أ: بطل.
(٤) سقط فى ط.
(٥) فى أ: عتق.

فإن قيل: إذا جنى ولد فى الكتابة، وهم ليسوا حملاء بالدين - فيؤدى الدين هو من خراجه، ويؤدون هم الكتابة التى هم حملاؤها، ويبقى عليه الدين فى ذمته، فإن أداه من خراجه، وإلا اتبع به.

قيل: يلزم إذا لم يقدر على أداء الجناية التى جناها هو إذا عجز عنها، لا يؤدون معه؛ لأنهم إنما تحملوا الكتابة، فسلم هو فى الجناية، ويحط عنهم ما ينوبه من الكتابة، ويؤدون البقية أو الكتابة كلها إن تعذر إسلامها[1] بموته، ويعتقون، قال: وفيه نظر.

فإن جنى أحد المكاتبين على أجنبى، فأدى الجناية: بقى على الكتابة، فإن أداها عتق، ولا تراجع بينهما، أو أداها الآخر لعجز الجانى، ثم أديا الكتابة: رجع على الجانى بما أدى عنه إلا أن يكون ممن يعتق عليه؛ فلا يرجع عند ابن القاسم، ويرجع عند أشهب؛ كما لو أدّى عنه دين.

فإن كانوا أخوين، وأجنبيًا، فجنى أحدهما على الأجنبى، فأدى الجناية وهو يقوى على الكتابة - لم يرجع بعضهم على بعض. وإن أداها أخوه وأدوا الكتابة: فلا رجوع عند ابن القاسم؛ لأنه فك رقبته من الرق. أو أدى الأجنبى: رجع على الجانى. فإن أدوا الكتابة، وعتقوا، فأيسر غير الجانى: رجع عليه بنصف الجناية؛ لأنه يجب أن يشاركه لتساويهما فى الحمالة. فإن أيسر الجانى بعد ذلك: رجعا عليه بالجناية، ويرجع الآخر ههنا وهو ممن يعتق عليه؛ لأن عدم الأخ وقع بعد عتق الجانى. فإن أيسرا معًا، والجانى عديم، فأديا الجناية: رجع الأجنبى دون الأخ؛ لأن؛ بالأداء فك رقبته، ولا رجوع لأجنبى بعد العتق؛ لتساويهما فى الغرم. قال: ويلزم على هذا: لو لم يجن أحدهم، وأدى الأجنبى الكتابة لعجزه عنها، ثم وجد أحد الأخوين موسرًا - أخذ منه قدر ما أدى عنه.

وإن قتل مكاتب مكاتبًا معه فى الكتابة: غرم قيمته، فإن وفت الكتابة عتق بها الجانى، والفاضل للسيد، ويرجع السيد على الجانى بقدر ما عتق منه من القيمة، كانا أجنبيين أو قريبين ؛ لأنه وإن كان أخوه فلا يرث من القيمة؛ لأنها كدية العمد لا يرث القاتل إذا عفا عنه، ولا من المال. وإن كان القتل خطأ: أخذ القاتل بقية ماله إن

(١) فى ط: إسلامه.

كان يرث، وغرم قيمته، واتبعه السيد بقدر ما عتق.

قال ابن القاسم: يغرم الأخ قيمة المقتول، فإن كانت مائة، وبقية الكتابة مائة، وترك المقتول مائة - أدى القيمة، فيعتق بها، ويرجع عليه السيد بخمسين إن تساويا فى الأداء، وأخذ الأخ مائة تركة المقتول، وإن كان القتل خطأ؛ لأنه يرث من ماله لا من ديته، فجملة غرم القاتل عند ابن القاسم خمسون.

وقال عبد الملك: يؤدى بقية الكتابة من القيمة التى غرمها الجانى ومن ماله، فيؤخذ من القيمة خمسون، ومن التركة خمسون، يدفع فى الكتابة، ثم يرجع السيد عليه بالذى عتق به من القيمة وهو خمسة وعشرون، ويأخذ السيد الخمسين الباقية من القيمة، ويأخذ المكاتب الخمسين الباقية من مال المقتول: يغرم على هذا خمسة وسبعين، فإن كان القتل عمدًا لم يرث من المال.

فإن كان معهما أخ ثالث، والقتل خطأ، فغرم قيمته، ووفت الكتابة - [عتقوا][1]، ورجع الأخ عليه بقدر ما عتق به من القيمة، فكان ما ترك المقتول بينهما إن كان القتل خطأ، وإن كان عمدًا: فذلك للذى لم يقتل، فإن كان القاتل عديمًا، وليس معهما أخ ثالث: رق إن كان القتل عمدًا، وإلا عتق فيما ترك وكأنه أداه من عنده، ورجع عليه السيد بقدر ما عتق به منه.

فإن كان معهما أخ ثالث، والجانى عديم، وترك المقتول مالًا: فلا ينبغى أن يعتق القاتل بمال المقتول إن كان القتل عمدًا، ويعتق به الأخ الذى لم يجن، ويرق القاتل، فإما أن يدفعه سيده لأخيه يباع عليه ولا يعتق عليه، أو يقدم بقيمة المقتول، فيكون عبدًا للسيد.

قال اللخمى: إذا جنى المكاتب، وأدى الجناية بما فى يده، وبقى ما يرجى أن يسعى فيه - أرى: أن يسعى حتى يؤدى الكتابة، ولا يكون له تعجيز نفسه، وكذلك إن بقى ما إن تلوم له رجى له القدرة على السعى، وإن لم يرج له ذلك: عجز، وخير سيده. ولا أرى أن يمكن من تعجيز نفسه إلا بعد كشف السلطان لما عنده. وإن لم ينظر قوته من ضعفه حتى أدى الجناية، ثم بين أنه كان غير قادر على الجميع: مضى فعله؛ لأن السيد لا يختار إلا بقاءه من غير غرم عليه، وحيث يرد السيد ما أخذ من

---

(١) سقط فى ط.

الكتابة إن كان من غير خراجه، فإن كان من خراجه: فمن قال: هو مملوك للمجنى عليه من يوم جنى، أسلم خراجه. ومن قال: غير مملوك، لم يسلمه، وإطلاق الكتاب يصح على أحد القولين.

وإن جنى على المكاتب: أخذ السيد الأرش، و ليس للمكاتب أخذه ليتجر فيه؛ لأنه ثمن رقبته، فإن كانت الجناية كفاف الكتابة: كان حرًا، أو إن كان فيها فضل: أخذه المكاتب؛ لأنه ليس عليه إلا الكتابة، أو أقل من الكتابة: حاسبه به من آخر نجم، فإن عجز عن أول نجم لم يكن عليه أن يؤدى ذلك له. فإن قتل، وفى القيمة فضل عن الكتابة، ومعه ولد فى الكتابة: فهو له، وإن لم يف بالكتابة: حاسب السيد بها الولد من آخر النجوم.

وإذا قتل قوم عبدًا: لا كتابة فيه؛ لأن الكتابة، والتدبير، والعتق إلى أجل، أو معتق بعضه: سقط حكمها مع القتل، إلا أن تكون قيمته مكاتبًا أكثر؛ لأنه قادر على بيعه مكاتبًا.

فإن شج موضحة: فنصف عشر قيمته مكاتبا الآن؛ لأن جرحه لا يبطل حكم الكتابة، فإن لم يكن للجرح تسمية: قوم ما نقصه.

فرع: فى الكتاب: إن قتل مكاتبه عمدًا أو خطأ ومعه ولد: قاصُوا السيد بقيمته فى آخر نجومهم، ويسعون فيما بقى، فإن وفى ذلك بالكتابة: عتقوا، أو فضل: أخذوه بالميراث، كاتب عليهم أو حدثوا فى الكتابة، وكذلك إن قتله أجنبى، فأخذ السيد قيمته: قاصص بها كما تقدم.

فإن شجه السيد موضحة: قاصه السيد فى آخر نجومه بنصف عشر قيمته مكاتبًا على حاله فى أدائه، أوقوّته، أو جرحه: احتسب له بذلك آخر كتابته، وكذلك المكاتبة تلد فى كتابتها ولدًا، فيقتله السيد: يغرم قيمته، فإن وفى الكتابة: عتقت، أو فضل: أخذت الأم منه ميراثها.

وإن قتل المكاتب، ومعه أخوه، أو أبوه، أو ولده، فعجل السيد قيمته: حسبت من آخر النجوم؛ لاحتمال العجز، فإن وفت: عتقوا فيها، ولا تراجع بينهم، أو فضل: فللورثة الذين معه فى الكتابة ميراثًا، وكذلك [إن كان][1] السيد هو الجانى،

---

(١) سقط فى أ.

ولا شيء لغرماء المكاتب، أو العبد من قيمتهما، قتلهما أجنبي أو السيد، ولا في شيء من قبل رقبتهما من جرح أو غيره، كما لا يدخلون في ثمن العبد إن بيع، والدين باق في ذمتهما.

وعلى قاتل المكاتب قيمته عبدًا مكاتبًا في قوة مثله، على الأداء وضعفه، ولا ينظر إلى قلة ما بقي عليه أو كثيره؛ لأن يسير الباقي يرق مع العجز.

وإن كاتب عبده، وأمته زوجين في كتابة، فحدث لهما ولد، فجنى على الولد ما قيمته أكثر من الكتابة - فللسيد تعجيل الكتابة، ويعتقون، والفاضل للولد، ولا يرجع على الورثة؛ لأنه قد افتك رقابهما(١)، وأما ما اكتسبه الابن فهو له، وعليه أن يسعى معهم، ويؤدي في الكتابة على قدر قوته، ولا يأخذ الأبوان ماله إلا أن يخافا العجز، وكذلك إن كان للأبوين مال، وخاف الولد العجز؛ لأن الكتابة حمالة بينهم.

وإن جنى عبد المكاتب: فله إسلامه، وفداؤه، على وجه النظر.

وإن قتل المكاتب عبده: فللسيد أن يقتص منه في النفس والجرح بأمر الإمام، فإن كان معه في كتابته ولد فله مثل ما للسيد في النفع بماله، فإن اجتمعا على القصاص قتلا، ومن أبَى فلا قتل للثاني، كعفو أحد الوليين، فإن صار العبد للولد بالأداء، أو للسيد بالعجز: لم يكن للعافي القتل إن صار إليه، وإن صار لمن(٢). أراد القتل منهما من ولد، أو سيد: فله القتل.

وإن قتل المكاتب رجلًا، فعفا الولي على استرقاقه: بطل القتل، وعادت كالخطأ، وقيل للمكاتب: ادفع إليهم الدية حالة، فإن عجز عن ذلك: خير السيد في إسلامه، وفدائه بالدية، وكذلك العبد إذا قتل رجلًا عمدًا، فعفا عنه الولي على أن يكون له: خير سيده.

فإن جنى مكاتب على عبد للسيد، أو مكاتب آخر لسيده معه في كتابته، أم لا: عجل قيمته للسيد، فإن عجز: رجع رقيقًا، وسقط ذلك عنه، وكذلك ما استهلكه له؛ لأنه أحرز ماله، بخلاف العبد يجني على السيد؛ لأن العبد لا يضمن لسيده ما

(١) في ط: أرقابهما.
(٢) في أ: لم.

استهلكه.

فى التنبيهات: فى تقويم المكاتب مكاتبًا - كما تقدم - أو عبدًا، قولان: قال سحنون: بل عبد، وذكره فى الكتاب حالة وهبه، معناه: إن كانت فى يده صناعة يكون بها ماهرًا أو تاجرًا.

فى النكت: قال أشهب: إن قتل السيد ولد المكاتبة، وفى قيمته فضل على الكتابة: أخذت الأم ثلث الفاضل ميراثًا، وسقط عن السيد ثلثاه، وإن كانت الجناية خطأ، أو عمدًا: لم يسقط، وغرم الجميع، ويكون فضل ذلك لأولى الناس به.

قال: وفيه نظر؛ لأن القيمة التى تجب على السيد كالدية لا ينبغى أن يرث السيد منها شيئًا، بل الفاضل لأولى الناس بعد السيد.

قال محمد: إن جنى المكاتب، فقيل له: أد الجناية، فقال: ما عندى [فقد عجز، وخير سيده بين إسلامه وافتدائه عبدًا. وإن قال: ما عندى](١) الآن لكن بعد أيام - لا يرق إلا بالسلطان، يقول له: إن أديت هذا من يومك - وشبهه - وإلا فأنت رقيق.

فرع إن قتل أحد المكاتبين فى الكتابة الواحدة [صاحبه] عمدًا أو خطأ، وهما أخوان أو أجنبيان - فللسيد القيمة فبالخطأ، ويخير فى العمد بين القصاص والعفو على أخذ القيمة، فإن أخذها فى عمد، أو خطأ [وفيها وفاء بالكتابة: عتق بها الجانى، واتبعه السيد بحصة ما عتق به منها فى عمد أو خطأ، فإن](٢) كان أخًا، أو أجنبيًا عتق، ولا يتهم الجانى أن يكون أراد تعجيل العتق بالقيمة التى أدى إن كان على أدائها قادرًا قبل العتق، ويعتق بها. فإن لم يكن للجانى مال، ومعه أقل من القيمة، وللمقتول مال - فلا عتق فيما ترك المقتول إن قتله عمدًا؛ للتهمة على تعجيل العتق. وإن كانت كفاف الكتابة: عتق واتبعه السيد بما ينوبه منها، وإلا عجز، وإن أداها فلم تف بالكتابة: أخذها السيد، وحبس له فى آخر الكتابة، ويسعى القاتل فيما بقى، فإن أدى وعتق: رجع عليه السيد بما كان حبسه له من القيمة فى حصته من الكتابة.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) سقط فى أ.

وإن كان القتل خطأ: أعتق القاتل فى تركة المقتول، كان أخًا أو أجنبيًا؛ لأنه لا يتهم، ويرجع على الأجنبى بما أدى عنه من المال الذى تركه المكاتب، وبقيمة المقتول - أيضًا - ولا يرجع السيد على الأخ بما عتق به من التركة؛ لأن أخاه لم يكن يرجع عليه لو أدى عنه، ويرجع عليه بقيمة أخيه؛ لأن الأخ لا يرث من القيمة.

وإن قتل المكاتب أجنبى، فأدى قيمته: عتق فيها من كان معه فى الكتابة، ولا يرجع عليه بشىء إن كان ممن لا يجوز له ملكه.

وإن جنى أحد المكاتبين فى كتابة، فعجز عن الغرم، ولم يؤد من معه فى الكتابة الأرش حالًا: عجز، وإن لم يحل شىء من نجومهما، وخير السيد فى الجانى وحده، فإن أدى الذى معه الأرش، فعتقا: رجعا به عليه إلا أن يكون ممن يعتق عليه.

فإن قتلت مكاتبة ولدها عمدًا: لم تقتل به، ولا يقاد من الأبوين، ولا يعفو المكاتب عن قاتل عبده عمدًا أو خطأ على غير شىء إن منعه السيد؛ لأنه معروف يحل بالكتابة، ويخير سيد الجانى بين فدائه وإسلامه رقًا، وإن طلب هو القصاص وعفا سيده على أخذ قيمة العبد: فذلك للسيد دونه إلا أن يعجل المكاتب كتابته؛ فيتم له ما شاء من عفو أو قصاص.

وإن قتل السيد مكاتبًا لمكاتبه، أو عبدًا: غرم له قيمته معجلًا، ولا يقاصه بها فى الكتابة؛ لأنه جنى على مالٍ له.

فإن كان للمكاتب الأسفل ولد فى كتابته: فللمكاتب الأعلى تعجيل تلك القيمة من سيده، وأخذه قصاصًا من آخر كتابة المقتول، ويسعى ولد المقتول فيما بقى، وإن كانت كفافًا: أعتقوا، أو فضلًا: أورثوه.

إن ولدت المكاتبة بعد أن جنت، ثم ماتت: فلا شىء على الولد، ولا على السيد، وكذلك الأمة إن ولدت بعد الجناية، ثم ماتت: لا شىء على الولد، ولا على السيد، ولو لم تمت: لم تكن الجناية إلا فى رقبتها دون ولدها، ولدته قبل الجناية أو بعدها.

قال ابن يونس: قال أشهب: إذا لم يكن مع الأخ القاتل خطأ ما يؤدى القيمة، أو معه بعضها: عجل تمام الكتابة من مال المقتول، وعتق، واتبع القاتل بجميع القيمة، وبما أدى عنه منها، وإن كان فى القيمة التى أدى وفاء الكتابة، فإنما يؤدى الكتابة

منها لا من مال المقتول.

وإن قتل أحد الأخوين الآخر، ولم يكن السيد قبض من الكتابة شيئًا، و قيمة المقتول مثل الكتابة، فأداها القاتل، وعتق: رجع عليه السيد بما عتق به منها، وهو نصفها إن كانا فى الكتابة معتدلين.

قال أشهب: يرجع عليه بجميعها لموت أحد المكاتبين؛ لأنه لا يوضع بذلك عن الباقي شيء.

[قال: ولا يعجبنا؛ لأن قيمة المقتول عوض منه فى النفع، والميت إن ترك مالاً أديت منه الكتابة][(١)].

قال محمد: إذا قتل مكاتب مكاتبه، وهو عديم: بيع عليه كتابة مكاتبه، ويكون مكاتبًا لمن اشتراه، فإن عجزت كتابته عن قيمة المقتول: اتبعه المكاتب بذلك، وهذا على قول الغير فى كتاب أمهات الأولاد إذا وطئ أمة مكاتبه، فحملت. وعلى قول ابن القاسم فيها: يحاص السيد بالكتابة فى العسر، فإن كانت كفافًا: عتق المكاتب، وإن بقى شيء: اتبعه به، كما قاله فى الأمة.

فرع: فى النوادر: وإن قتل عبد عبدًا وحرًا، فاتفق الولى والسيد على القصاص: اقتص. أو عدمه: خير السيد فى فدائه [أو إسلامه][(٢)]. أو اختلفا: قدم طالب القود، وليس كقطع اليد ؛ لأنه ليس بين العبد والحر قصاص فى الجراح، فإذا قطع العبد بقى جرح الحر فى رقبته.

فإن قتل عشرة أَعْبُدٍ لعشرة رجال قتلوا عبد رجل، فله قتلهم، أو أخذ قيمة عبده على كل واحد عشر قيمته يؤديه سيده، أو يسلمه، وله قتل البعض، ولا عبرة بتفاوت قيمهم، وإن كانت قيمة أحدهم ألفًا، فلا تعتبر إلا قيمة المقتول.

فإن قتل عبد وحر عبدًا: عوقب الحر، وعليه نصف قيمة العبد، ولسيد المقتول القتل أو يستحييه، ويكون له فى رقبته نصف قيمة العبد مسلمة لسيده، أو يفديه.

فرع قال: قال مالك: إنما ننظر إلى قيمة الجرح بعد البرء، وما نقصه يوم البرء، وإن برئ بغير شين فلا شيء فيه إلا الأدب فى العمد فى الحر والعبد.

---

(١) سقط فى أ.

(٢) سقط فى ط.

قال ابن القاسم: إن شج عبد عبدًا موضحة، فمات من فوره: فله قيمته بغير يمين. وإن عاش، ثم مات: حلف يمينًا واحدة لما مات[١]. منها، وثبتت القيمة فى رقبة العبد الجارح.

قال المغيرة: وله الاقتصار على طلب الشجة، ولا يحلف، فيفديه بها السيد أو يسلمه، وله تحليف سيد العبد الجارح أنه لم يمت من الشجة، فإن نكل: أسلمه أو فداه بقيمة الميت، وإن أقر العبد أنه منها مات: فله قتله، فإن استحياه: خير سيده.

وإن شهد شاهد أن عبدًا قطع يد عبد، فأراد السيد القصاص: حلف العبد، أو العقلَ: حلف السيد، قاله المغيرة، وقال مالك: بل السيد فى الوجهين؛ لأنه مالك المال.

فرع قال: إذا أعتق المجروح، فإن برئ، ولم يَنْزِ: فلسيده مبلغ ذلك من ديته عبدًا، وإن زاد بعد العتق فالزيادة للعبد على أنها من دية حر، فإن زاد لزوال عضو: فللعبد ديته من حر، ولسيده أرش الجرح.

وإن بدأت[٢]. باضعةً[٣]، لمنقلة بعد العتق، فإن لم يستقد: طرح أرش الباضعة من عبد من عقل منقلة عن حر، والباقى للعبد.

وإن عتق بعد الجرح، فتناهى للنفس: سقط الجرح، ولا قصاص للسيد، ولا أرش.

وقال ابن القاسم: فيه دية حر يرثها[٤]. ورثته بعد أن يقسموا: لمات[٥] منها؛ لأن الموت وقع فى الحرية.

وقال أشهب: دية عبد؛ تغليبًا للسبب، وكذلك النصرانى يسلم.

وإن أنفذت مقاتله، ثم عتق، ثم مات - قال ابن القاسم: توارث بالحرية.

فرع قال: قال ابن القاسم: إن كان قيمته يوم الجرح مائه ويوم الموت ألفًا، فليس فيه إلا مائة، وكذلك إن نقص. وإن جنى عليه ثانيًا: فعليه قيمته يومئذ مجروحًا،

---

(١) فى ط: لمات.
(٢) فى ط: تناهت.
(٣) فى أ: ناصعة.
(٤) فى أ: حربى بها.
(٥) فى أ: لات.

وكذلك طروء الجنايات على الجنايات.

فرع: قال: قال محمد: كل ما أتلفه العبد لا على وجه الأمانة: ففى رقبته، وما أتلفه على وجه الأمانة، وهو صانع، أو مودع، أو متصع معه، أو مستأجر عليه - ففى ذمته، إلا أن يتعدى: ففى رقبته.

وكل ما لزم العبد فى رقبته: لزم اليتيم فى ماله، وما لا يلزمه إلا فى الذمة: لا يلزم اليتيم فى ماله ولا فى ذمته.

وفى خديعة العبد قولان:

هل هى فى الذمة، أو الرقبة؟

قال ابن القاسم فى المأذون [إذا أحبل أمة](١) بينه وبين غيره: ففى رقبته.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا قتلت، أو جرحت، فبعتها، فولدت: فتقتل فى العمد، فإن كان الولد مثل الثمن، فأكثر: فهو فى الثمن، ولا شىء للمشترى على البائع، ولا للبائع على المشترى فى الفضل، أو أقل من الثمن: رجع المبتاع على البائع بالنقص، وإن استحيوها: خيروا بين الثمن الذى بيعت به من البائع، أو أخذ قيمتها يوم الحكم من المبتاع، فإن أخذوا الثمن من البائع: فلا شىء لهم على المبتاع، أو القيمة من المبتاع: رجع المبتاع على البائع بالثمن، كان ما غرم من القيمة أكثر أو أقل كالاستحقاق، وللسيد دفع الدية وأخذ الثمن.

فرع قال: قال ابن القاسم: عبد بينكما جنى على أحدكما: يفتك الآخر نصفه بنصف الجناية، أو يسلمه، أو على أحدكما، أو أجنبى: فللأجنبى ثلاثة أرباع العبد، فإن شج كليكما موضحة: تساقطتا.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا جنى، ثم أبق: لا يجوز أن يسلم آبقا ؛ لأنها معاوضة حرام.

فرع: قال: قال بعض أصحابنا: إذا حفر حرا وعبد بئرًا، فانهارت عليهما، ونصف قيمة العبد(٢) مثل [نصف](٣) دية الحرا أو أقل - فلا تباعة بينهما؛ لأن نصف دية الحر فى رقبة العبد الذاهب إلا أن يكون له مال، ففضل نصف الدية فيه،

---

(١) فى أ: إذا احتمل أنه.
(٢) فى ط: السيد.
(٣) سقط فى أ.

أو نصف قيمة العبد أكثر: فالزائد فى مال الحر[(١)]، والمدبر، وأم الولد كالعبد.

فرع: قال فى الموازية: إذا جنى العبد الرهن، ففداه ربه: بقى رهنا، أو أسلمه: خير المرتهن فى ثلاثة:

إسلامه، واتباع الراهن بدينه.

أو يفديه، فيكون مع ماله رهنًا بما فداه إن لم يكن سيده انتزعه قبل ذلك، وهو بالدين الأول رهن بغير ماله إن لم يكن اشترطه، ولا يباع حتى يحل الدين فإن لم يفده السيد بالدين والأرش: بيع، وبدئ بالأرش؛ لتعلقه بالرقبة، وإن فضل بعد الدين والأرش شىء: فللسيد، أن يأخذه لنفسه بزيادة على الجناية قلت أو كثرت، فيسقط مثلها من دينه، ويتبع السيد بما بقى من الدين بعد إسقاط ما ذكرنا من الزيادة.

فإن لم يفده السيد ولا أسلمه، وقال للمرتهن: إفده، ففداه - فذلك دين على الراهن، ولا يكون العبد به رهنًا حتى يقول وهو به رهن، فإن فداه بغير أمره، ثم مات العبد: لم يلزم السيد شىء من ذلك إلا الدين القديم.

فرع: قال سحنون: إن غصب عبدا، وعند الغاصب جارية وديعة لربه، فجنى العبد عند الغاصب، فقتل رجلًا خطأ ووطئ الجارية - فلسيده تضمينه للغاصب فارغًا بغير جناية، ويخير فيه الغاصب.

فرع: قال: قال سحنون فى الأمة المشتركة يطأها أحدهما، فتحمل، ولا مال له، فتجنى: فنصف الواطئ بحساب أم الولد، والآخر يفدى أو يسلم، فإن فدى: فله نصف قيمتها على الواطئ، أو أسلم: فذلك للمجنى عليه، ويباع له فيه إلا أن يفتدى السيد، أو يسلم المجنى عليه، ولا يتبع الواطئ بشىء إلا أن للشريك اتباع الواطئ بنصف قيمة الولد، ويعتق على الواطئ نصفه، ويتبع المجنى عليه ذلك النصف بالأقل من نصف قيمة الجناية، أو نصف قيمة الرقبة.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إن وهبت حاملا أو وهبت حملها لآخر، فجنت: خير من له الأم: فإن أسلمها فهى وحملها للمجروح، أو فداها: فحملها لمن وهبت له، وإن تأخر: انتظر حتى وضعت: فالولد لصاحبه، ولا تلحقه الجناية، ويخير صاحب الأم: فإن أسلمها صاحب الرقبة حاملا، فقال صاحب الولد: أنا أفتكها -

(١) فى ط: حر.

فذلك له.

فرع: فى الجواهر: لا ضمان على الطبيب، والحجام، والبيطار إن مات حيوان مما صنع به إن لم يخالفوا، قاله ابن القاسم.

قال مالك: وإن ضرب معلم الكُتّاب، أو الصنعة صبيًا - ما يعلم أنه من الأدب، فمات: لم يضمن. وإن ضربه لغير الأدب؛ تعديًا، أو تجاوزَ الأدب: ضمن ما أصابه. وكذلك الطبيب إن لم يكن له علم، ودخل جرأة ويتقدم إليهم فى قطع العروق، ونحوها مما لا يتقدم أحد على مثل هذا إلا أن يأذن الإمام. وينهون عن الأشياء المخوفة التى يتقى فيها الهلاك إلا بإذن الإمام، وأما المعروف بالعلاج: فلا شيء عليه.

وما أتى على يد الطبيب مما لم يقصده، فيه روايتان: يضمن؛ لأنه قتل خطأ، ولا يضمن؛ لأنه تولد عن فعل مباح، كالإمام.

وقال محمد بن حارث: إن فعل الجائز، فتولد عنه هلاك أو إفساد: فلا ضمان. أو أراد(١). فعل الجائز، ففعل غيره خطأ، أو جاوزه، أو قصر عن الجائز، فترتب عليه هلاك كذلك: ضمن، و ما خرج عن هذا الأصل فهو مردود إليه.

قال عيسى: من غرّ من نفسه: لم يضمن، ودية ذلك على عاقلته كالخطأ.

قال مالك: إن سقاه طبيب، فمات، وسقى قبله أمة، فماتت: لا يضمن، ولو ضمن لكان حسنًا، ويقال لهم: أى طبيب طب أو بطًّ، فمات: ضمن.

قال مالك: إن أمر بقطع شفة أو يد قصاصًا، فقطع غير ذلك، أو زاد فى القصاص: فهو خطأ على عاقلته إلا دون الثلث؛ ففى ماله، عمل ذلك بأجر أو بغير أجر.

وإن أمره عبد أن يحجمه(٢)، أو يقطع عرقه، ففعل: ضمن ما أصاب العبد من ذلك إن لم يأمره سيده، علم أنه عبد أم لا.

وإن حفر فى ملكه، أو ما أذن له فى الحفر فيه لمنفعته، كقناة داره، فأسقط جدار جاره(٣): ضمنه.

---

(١) فى أ: زاد.
(٢) فى أ: يحمله.
(٣) فى ط: داره.

وإن أوقد نارًا على سطحه فى يوم ريح عاصف ضمن ما أتلفته مما كان يغلب على الظن عند وقودها وصولها إليه، وإن عصفت الريح بعد الوقود بغتة: فلا ضمان لعدم التفريط.

وإن سقط ميزابه، فقتل: فلا ضمان.

وإن كان جداره مائلًا؛ لأنه بناه مائلًا: فهو ضامن. أو مال بعد ذلك ولم يتداركه مع الإمكان، والإنذار، والإشهاد: وجب الضمان، وإن لم يُنْذَرْ: ففى الضمان خلاف.

وإن رش الطريق؛ لتزلق فيها دابة: ضمن ما عطب، أو تردى، أو نحوه، وإن لم يرد إلا خيرًا: لم يضمن.

وفى النوادر: فعل الدابة، والمجنون المطبق، والصبى ابن سنة ونحوها أهدر فى الأموال، وتحمل عواقلهما فى القتل الثلث فأكثر، وما دون الثلث يتبعان به فى المال والذمة.

قال ابن القاسم: ويقاد من السكران، بخلاف المجنون؛ لأن المعاصى لا تكون أسباب المسامحات.

وعن مالك: إن ضرب عبده، فعجز عنه، فأمر غيره بضربه، فمات: لم يضمن ويكفر.

وإن عنف فى وطء بكر، وعلم أن موتها بعد قرب من ذلك: فعليه الدية، ويخير[1]. أهلها ويكفر.

قال عبد الملك: إن كان فيها محمل للوطء فلا شىء عليه، وإلا ضمن كالحجام وغيره؛ لأنه خطأ.

قال سحنون: إنما يخيرهم على قول من يرى أن لا ضمان بالخطأ فى ماله.

قال أشهب: حافر المرحاض إن أضر بالطريق: ضمن، وإلا فلا؛ لقوله -عليه السلام - «الْبِئْرُ جُبَارٌ»[2].

---

(١) فى ط: يجبر.

(٢) أخرجه البخارى (٣/٤٢٦) فى الزكاة: باب فى الركاز الخمس (١٤٩٩)، مسلم (٣/ ١٣٣٤) فى الحدود: باب جرح العجماء والمعدن والبئر جُبَار (٤٥/ ١٧١٠)، والنسائى (٥/ ٤٥) فى السنن، كتاب الزكاة: باب المعدن. وأحمد فى السنن (٢/ ٤٧٥)، والدارمى فى =

وإن حفر بئر ماشية لرجل بغير إذنه، فعطب بها رجل: لم يضمن؛ لأنه يجوز له حفرها.

وإن حفر بئرًا فى داره لمصلحته: لم يضمن ما عطب فيها. أو ليقع فيها سارق قال ابن القاسم: ضمن السارق، وغيره. أو ليقع فيها سبع: لم يضمن السارق، ولا غيره؛ لأن له فعل ذلك شرعًا، وكذلك إن ربط كلبًا؛ ليعقر إنسانًا، أو ليصيد.

قال ابن القاسم: إن حفر فى دار رجل بغير إذنه: ضمن الحافر؛ لأنه متعدٍّ فى الدار إلا أن يعلم صاحبها فيجيز، أو يكون بينه وبينه صداقة؛ فهو كالإذن.

قاعدة: أسباب الضمان ثلاثة:

الإفساد بغير إذن: كإحراق الثوب.

أو التسبب: كوقد النار بقرب الزرع.

أو وضع اليد غير مؤمنة: كالغاصب، وقبض المبيع بيعًا فاسدًا.

تنبيه: ضمان جنايات العبد على خلاف القواعد، غير أن السنة أتت بها؛ لأن العبد قد يقصد الفساد، فتؤخذ رقبته، فيقع الإضرار بالسيد، وهو لم يجن[1]، ولا يتألم العبد وقد جنى، والقواعد: لا يعاقب غير الجانى.

قاعدة: العمد والخطأ فى أموال الناس سواء إجماعًا، ممن هو مكلف أو فيه أهلية التكليف، كالتميز بخلاف الرضيع؛ فإنه كالبهيمة.

قاعدة: إذن المالك - المأذون له شرعًا أن يأذن - مسقط الضمان؛ ولذلك لا يضمن المودع ولا المستعير فيما لا يغاب عليه، ولا يضمن المودع إذا حول الوديعة من زاوية بيته إلى زاوية بيت آخر، والإذن الشرعى إذا عرى عن إذن رب المال لا يسقط الضمان؛ ولذلك فإن الإنسان أذن له الشرع فى التصرف فى بيته، ولو شال شيئًا، فسقط على الوديعة: ضمنها؛ لانفراد الإذن الشرعى؛ لأن ربها لم يأذن له فى ذلك. وكذلك فاتح بابه، فكسر خلفه قلة زيت: يضمن؛ لانفراد الإذن الشرعى. والصائد أذن له فى الصيد، فإن أفسد به: ضمن؛ لانفراد الإذن الشرعى. والمضطر

= السنن (٢/١٩٦)، والبيهقى فى السنن (٤/١٥٥)، (٨/٣٤٣)، ومالك فى الموطأ (٢/٨٦٨)، فى العقول: باب جامع العقل (١٢).

(١) فى ط: يجز.

أذن له الشرع فى أكله طعام الغير يضمنه؛ لانفراد الإذن الشرعى. فيتلخص: أنه إن اجتمع الإذنان: فلا ضمان كالمودع، أو انتفيا: ضمن كالغصب، أو أذن المالك فقط: لايضمن، فهى ثلاثة[١] أقسام: يضمن فى واحد، ويظهر أن الإذنين كل واحد منهما أعم من الآخر، وأخص من وجه، ويجتمعان وينفرد كل واحد بنفسه، وهو ضابط الأعم والأخص من وجه.

قاعدة: الجوابر والزواجر من قواعد الشرع وقد توجد الزواجر بلا جبر: كالحدود، والجوابر بلا زجر: كتضمين الصبى، والمجنون، وقد يجتمعان، نحو: كفارة الظهار، وتضمين الغاصب، وجزاء الصيد فى قتله متعمدًا، وغاصب المرأة، ونحوه. وسيأتى بسط هذه القاعدة فى الدماء، إن شاء الله تعالى.

فعلى هذه القواعد تتخرج فروع الجنايات فى الضمانات، فتأملها واستعملها فى مواردها، تحكم الضمان بفضل الله تعالى.

فرع: فى النوادر: قال مالك: إن اصطدمت سفينتان، فغرقت إحداهما بما فيها: فهدر؛ لأن الريح تغلبهم، إلا أن يعلم قدرتهم على صرفها.

قال ابن القاسم: ولو قدروا مع هلاكهم: ضمنت عواقلهم النفوس، والمال فى مالهم؛ لأنهم وفروا نفوسهم. فإن لم يروهم؛ لظلمة الليل، ولو رأوهم لم يقدروا عليها: لم يضمنوا.

وإن اصطدم فارسان، فهلكا وفرساهما: فعلى عاقلة كل واحد دية الآخر، وقيمة فرسه فى ماله؛ لأن الفارس متمكن من فرسه، بخلاف أهل السفينة. وقيل: على كل واحد نصف دية الآخر؛ لاشتراكه فى قتل نفسه.

قال: ولو لزم هذا إذا عاش أحدهما: لم يلزم عاقلته إلا نصف دية الآخر، ولكان الذى يهوى فى البئر قاتلًا لنفسه مع حافرها، ولكان الواطئ على الحسك - وقد نصبها رجل فيما لا يملك - قاتلا لنفسه مع ناصبها، وبالمشهور قال على وغيره، رضى الله عنهم.

وان اصطدم حر وعبد، فماتا: فقيمة العبد فى مال الحر، وذية الحر فى رقبة العبد، ويتقاصان، فإن زاد ثمن العبد على الدية: فلسيده الزيادة فى مال الحر، أو

(١) فى ط: أربعة.

دية الحر أكثر: لم يلزم السيد شيء، إلا أن يكون للعبد مال فالفضل فيه.

وقال أصبغ: قيمة العبد في مال الحر يأخذه السيد، ويقال له: افتك قيمته بدية الحر، أو أسلمها: فإن أسلمها فليس لولاة الحر غيرها، وإن فداها: فبجميع الدية؛ لأنها قاعدة الجنايات.

وإن اصطدم رجلان أو راكبان، فوطئ أحدهما على صبي، فقطع أصبعه: ضمناه؛ لأن لكل واحد منهما أثرًا فيه بالاصطدام.

قال أشهب: حافرو البئر تنهار على أحدهم: تضمن عاقلة الباقي [نصف](1) ديته والنصف الآخر هدر؛ لأن للمقتول شركا في قتل نفسه، ولا تعقل العاقلة قاتل نفسه.

وإن ماتوا: فعلى عاقلة كل واحد نصف دية الآخر؛ لشركة كل واحد في قتل نفسه.

قال مالك: إن ارتقى في البئر، فأدركه آخر في إثره، فخرا، فهلكا: فعلى عاقلة الأسفل الدية؛ لأنه المباشر بفعله.

قال مالك: ربطت مركب في صخرة، وربط بها أخرى، وربط ثالث بأحدهما، فجره الثالث حتى كادوا يغرقون، فسرحوا الثالث؛ خوف الغرق، فهلك بما فيه - لا شيء عليهما؛ لخوفهم الهلاك.

قال ابن القاسم: إن طلبت غريقًا، فخشيت الموت، فأفلته: لا شيء عليك. وإن علمته العوم، فخفت الموت عليك، فأفلته: ضمنت ديته؛ لأنك أنشبته. وعنه: لا ضمان؛ كالغريق.

فإن تردى في بئر، فطلبك تدلى له حبلًا، فرفعته، فلما أعجزك خليته، فمات: ضمنته، قاله [مالك](2) وقال: إن أمسكت لرجل حبلًا يتعلق به في البئر، فانقطع: فلا شيء عليك؛ لعدم صنعك، أو انفلت من يدك: ضمنت.

فرع قال: إن سقط من دابته على رجل، فمات: فديته على عاقلة الساقط. وإن سقط على غلام، فانشج الأسفل، وانكسر الأعلى: ضمن الأعلى شجة الأسفل،

---

(١) سقط في ط.
(٢) سقط في أ.

والأعلى هدر. وإن دفع رجلًا، فوقع على آخر: فعلى الدافع العقل دون المدفوع؛ لأنه آلة.

وإن دفعه، فطرحه، فوقعت يده تحت ساطور جزار - فقيل: على عاقلة الجزار؛ لأنه المباشر، وقيل: على عاقلة الطارح؛ لأنه القاصد.

قال مالك: وإن قاد بصير أعمى، فوقع البصير فى البئر، ووقع عليه الأعمى، فمات البصير. فديته على عاقلة الأعمى، وقضى به عمر، رضى الله عنه.

النظر الثانى - فى دفع الصائل:

وهو: فى المدفوع، والمدفوع عنه، والدفع

وفى الجواهر: أما المدفوع: فكل صائل، إنسانًا كان أو غيره، فمن خشى من ذلك، فدفعه عن نفسه: فهو هدر حتى الصبى والمجنون إذا صالا، أو البهيمة؛ لأنه ناب عن صاحبها فى دفعها.

والمدفوع عنه: كل معصوم من نفس، أو بضع، أو مال، قال القاضى أبو بكر: أعظمها: النفس، وأمره بيده إن شاء سلم نفسه، أو يدفع عنها. ويختلف الحال: ففى [زمان][1] الفتنة: الصبر أولى؛ تقليلًا لها، أو مقصودًا وحده، فالأمر سواء.

وأعظم من الجميع: الدِّين، وهو أقوى رخصة؛ لقوله - تعالى -: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّ﴾ [النحل:١٠٦].

وأما الدفع فقال القاضى: لا يقصد القتل، بل الدفع، فإن أدى إلى القتل فذلك، إلا أن يعلم أنه لا يندفع إلا بالقتل، فيقصد ابتداء. ولو قدر المصول عليه على الهرب من غير مضرة تلحقه: لم يدفع بالجرح، وإلا دفع بما يقدر، ولا يتعين قصد العضو الجانى؛ لأن الشر من نفس الصائل.

فإن عض يد غيره، فنزع اليد، فتبددت أسنانه: ضمن النازع دية الأسنان؛ لأنها من فعله، وقيل: لا يضمن؛ لأنه ألجأه لذلك.

وإن نظر إلى حرم من كوة: لم يجز أن يقصد عينه أو غيرها؛ لأنه لا يدفع المعصية بالمعصية، وفيه القود إن فعل، ويجب تقدم الإنذار فى كل دفع.

تمهيد: فى الصحاح: «كُنْ عَبْدَ اللهِ الْمَقْتُولَ، وَلَا تَكُنْ عَبْدَ اللهِ الْقَاتِلَ»[2]،

---

(١) سقط فى أ.

(٢) أخرجه أحمد فى المسند (٥/ ١١٠) وفى الباب سعد بن أبى وقاص: أخرجه أبو داود =

وعليه اعتمد عثمان - رضى الله عنه - على أحد التأويلات، ولأنها تعارضت مفسدة أن يقتل، أو يمكن من نفسه، والتمكين من القتل أخف مفسدة من القتل؛ فيقدم.

والفرق بين أن يمكن من قتل نفسه، أو يترك الغذاء أو الشراب حتى يموت[١]: أن ترك الغذاء هو السبب التام فى الموت، لم ينضف إليه غيره، ولابد أن ينضاف فعل الصائل للتمكين.

والفرق بين من ترك الغذاء يحرم، ومن ترك الدواء، فلا يحرم: أن الدواء غير [منضبط][٢] النفع؛ فقد يفيد، وقد لا، والغذاء ضرورى النفع.

النظر الثالث - فى إتلاف البهائم:

فى الجواهر: ما أكلته من الزرع بالنهار لا ضمان على أربابها؛ لأن على أرباب الحوائط الحفظ نهارًا.

قال محمد بن حارث: وهذا الكلام محمول على أن أهل المواشى لا تهملها نهارًا، ويجعلون معها حافظًا، وإلا فإن أهملوا ضمنوا.

وما أتلفته ليلًا ضمنوه، وإن كان أضعاف قيمتها، كان ذلك الزرع أو الكرم محجورًا عليه أم لا، محروسًا أم لا؛ لأن على أهل المواشى حفظها ليلًا.

قال القاضى أبو الوليد: هذا مختص بالموضع الذى يكون فيه الزرع، أو الحوائط مع المسارح، أما المختص بالمزارع دون المسارح: فيضمنون ليلًا، و نهارًا.

فرع مرتب: قال مطرف: عن مالك: يضمنون قيمة ما أفسدت على الرجاء أو الخوف، وأن يتم أو لا يتم و إن لم يبد صلاحه.

وعن ابن القاسم: قيمته لو حل بيعه؛ لأن القيمة عوض عن الثمن، وقال: لا يستأنى [بالزرع هل ينبت][٣]. أم لا، كما يصنع بسن الصغير؛ لأن السن إذا نبتت لم تفت المصلحة، وتأخر نبات الزرع عن إبانه يذهب مصلحته.

فى النوادر: لو وطئت على رجل إنسان بالليل، فقطعتها: لم تضمن، بخلاف الزرع والحوائط والجرون.

= (٤٢٥٧).

(١) فى أ: حتى يترك يموت.

(٢) بياض فى أ.

(٣) فى أ: بالزرع حتى هل يبين.

فرع: فى النوادر: ما وطئت الدابة بيد أو رجل، أو أصابته بيدها أو فمها، وعليها راكب - قال مالك: إن كان الراكب يجريها أويشيلها أو يضربها، فترمح: ضمن [نفسه][١] ؛ لتسبيه، أو من فعلها خاصة: فهدر؛ لقوله - عليه السلام - «جَرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ».

قال: قال مالك: القائد والسائق والراكب ضامنون لما أصابته الدابة بيد أو رجل، فإن اجتمعوا: فعلى كل واحد ثلث الدية، يريد: أن الراكب يشركهم فى فعل فعله بها كان عنه فعلها، إلا أن ترمح من غير فعل أحد، وفعله عمر - رضى الله عنه - فى مجرى الفرس.

قال ابن القاسم، وأشهب: إذا اجتمعوا: فما وطئت عليه لم يلزم الراكب، ولزم القائد والسائق؛ لأن الراكب كالمتاع لا يقدمها، ولا يؤخرها إلا أن يفعل ما يبعثها على ذلك، ولم يكن من السائق والقائد عون، قال ابن القاسم فهو الضامن.

قال أشهب: ما نفجت[٢]، أوكدمت من غير تهييج من أحدهم: فأجدرهم بالضمان السائق، إن كان سوقه يذعرها[٣] ؛ لأنه خلفها فهى تخافه.

وفى الموازية: إن وطئت الدابة، وعليها راكب صغير لا يضبط ولا يحرك، أو نائم، أو مريض: فذلك عليه، إلا أن يكون لها سائق أو قائد: فعليهما دونه.

قال مالك: يضمن من المرتدفين[٤] المقدم إلا أن يحركها المؤخر، أو يضربها: فعليهما. أو يفعل المؤخر ما لا يقدر المقدم على دفعه.

قال ابن القاسم: يختص به الضمان على عاقلته فيما تحمله العاقلة.

قال مالك: فإن رمحت من غير فعل واحد منهما: فلا شىء عليهما.

قال ابن القاسم: يضمن قائد القطار ما وطئ عليه أول القطار أو آخره؛ لأنه أوطأه بقوده إياه.

قال أشهب: وقد يضمن أعذر منه، كمن يرى طائرًا، فيقع على إنسان، فيقتله الطائر.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) فى أ: نفحت.
(٣) فى ط: يدعوها.
(٤) فى ط: المرتسمين.

قال مالك: لا يضمن الراكب ما كدمت، أو ضربت بيد أو رجل إلا أن يكون منه فعل بخلاف ما وطئت؛ لأن الركوب سبب المشيء لا الكدم.

وإن نزل عن دابته، فوقفت فى الطريق: ضمن ما أصابت؛ لأن ذلك يحرم عليه، وله الوقوف عليها فى الطرق لحاجته. أو نزل عنها، فيوقفها، ولا يضمن.

وإن جمحت براكبها، وعلم أنه مغلوب: ضمن ما أصابت؛ لأن ركوبه سبب ذلك.

قال أشهب: إن ركبها، فطارت من تحت يدها حصاة، ففقأت عينًا: لا شيء عليه.

قال محمد: هذا إن طارت لحفرة وقع الحافر من غير أن يدفعها بحافرها، أما لو أطارتها بحافرها: ضمن. وإن ساقها، فوقع سرجها، أو متاع عليها، فأتلف: لم يضمن.

قال ابن القاسم: إن رمحت[1] الدابة، فصحْتَ: إياك، فوطئت: ضمنت؛ لأنك تهيجها.

وإن انفلتت، فصحت لرجل يمسكها، فقتلته: فهو جبار، إلا أن يكون المأمور عبدًا لغيره، أو حرًّا صغيرًا. وإن أفلتت من يد رجل، أو من مدورها، فأفسدت: فهدر، وغَلَبَتُهَا إياه على الانفلات كغلبتها للراكب على الجماح.

قال مالك: إن اقتنى كلبًا عقورًا فى داره لماشية، وهو يعلم بعقره: ضمن.

قال ابن القاسم: يعنى: إن اتخذه [بموضع][2] لا يجوز له، وإلا لم يضمن إلا أن يتقدم له.

وعن ابن وهب فى الدابة الصئول فى مربطها، فانفلتت منه، فتفسد: لا يضمن صاحبها إلا أن يتقدم له. وقال أشهب: لا يضمن مطلقًا.

قال ابن القاسم: إن اتخذ الكلب فيما له اتخاذه - كالصيد، أو حراسة الدار - لا يضمن من دخل، دخل بإذن أم لا، إلا أن يعلم ربه أنه يعقر.

قال محمد: أصل ذلك: إن اتخذه فيما لا يجوز له، أو لحراسة الدار: ضمن، أو

---

(١) فى ط: وجهت.
(٢) سقط فى أ.

بموضع يجوز إلا أنه علم أنه يعقر.

وإن اتخذه للسراق، قال مالك: إن اقتناه فى داره للماشية: ضمن إن علم أنه يعقر؛ لأن الماشية فى الدار لا يخاف عليها، فللناس اتخاذه.

قال مالك: إن عرفت[١] الإبل بالعدو على أهل الزرع: بيعت ببلد لا زرع فيه.

تنبيه: وافقنا (ش) أنه لا يضمن العجل الصائل، والمجنون، والصغير.

وقال (ح): يباح له الدفع، ويضمن. واتفقوا إذا كان آدميًا بالغا: لم يضمن.

لنا: أن الأصل عدم الضمان. وقياسًا على الآدمى، وعلى الدابة المعروفة بالأذى أنها تقتل، ولا يضمن إجماعًا، ولا يلزمنا إذا غصبه، فصال عليه؛ لأنه يضمن ثمنه[٢] بالغصب، لا بالدفع. ولا إذا اضطره الجوع [إلى طعام غيره فأكله: فإنه يضمن] ؛ لأن الجوع القاتل فى نفس الجائع لا فى نفس الصائل، والصيال القاتل فى الصائل.

احتجوا بأن مدرك عدم الضمان إنما هو إذن المالك لا جواز الفعل؛ لأنه لو أذن له فى قتل عبد: لم يضمن، ولو أكله لمجاعة: ضمن.

والآدمى له قصد واختيار؛ فلذلك لم يضمن، والبهيمة لا اختيار لها؛ لأنه لو حفر بئرًا، فطرح إنسان نفسه فيها. لم يضمنه، ولو طرحت بهيمة نفسها. ضمنها، وجناية العبد تتعلق برقبته، وجناية البهيمة لا تتعلق برقبتها.

وعموم قوله - عليه السلام - «جَرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ» أى: هدر، فلو ضمن: لم يكن جبارًا كالآدمى.

والجواب عن الأول: أن الضمان يتوقف على عدم جواز الفعل، بدليل أن الصيد إذا صال على محرم: لم يضمنه، أو صال على العبد سيده فقتله العبد، أو الأب على ابنه فقتله ابنه: لا يضمنون؛ لجواز الفعل.

وعن الثانى: أن البهيمة لها اختيار اعتبره الشرع؛ لأن الكلب لو استرسل بنفسه لم

---

(١) فى أ: غرقت.
(٢) فى أ: تمت.

يؤكل صيده، والبعير النَّادُّ يصير جميعه منحرًا على أصلهم.

وإن فتح قفصًا، فقعد الطائر ساعة، ثم طار - قلتم: لا يضمن؛ لأنه طار باختياره.

وأما قولكم فى الآدمى لو طرح نفسه فى بئر: لا يضمن، بخلاف البهيمة - فيلزمكم: أنه لو نصب شبكة، فوقعت فيها بهيمة: لا يضمنها.

وأما تعلق الجناية برقبة العبد فيبطل بالعبد الصغير؛ فإنه تتعلق الجناية برقبته مع مساواته للدابة فى الضمان.

وعن الثالث: أن كونه جبارًا: أنه لا قصاص فيه، ولا يلزم عن عدم اعتباره [فى القصاص عدم اعتباره][1] مطلقًا، أو معناه: لا يوجب ضمانًا على مالكه، والنزاع فى الضمان على قاتلها.

تنبيه: إن أرسل الماشية بالنهار للرعى، أو انفلتت، فأتلفت: فلا ضمان.

وإن كان صاحبها معها، وهو يقدر على منعها، فلم يمنعها: ضمن.

ووافقنا (ش) و (ح).

فإن انفلتت بالليل، أو أرسلها مع قدرته على منعها: ضمن، وقاله (ش) فى الزرع، وفى غير الزرع اختلاف عندهم.

وقالوا: يضمن أرباب القطط المعتادة الإفساد، ليلًا أفسدت أو نهارًا.

وإن خرج الكلب من داره، فجرح: ضمن. أو الداخل بإذن: فوجهان، أو بغير إذن: لم يضمن.

وإن أرسل الطير، فالتقط حب الغير: لم يضمن ليلًا أو نهارا.

وقال (ح): لا ضمان فى الزرع، ليلًا كان أو نهارًا.

لنا: قوله - تعالى -: ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ ...﴾ الآية [الأنبياء: ٧٨].

وجه الدليل: أن داود - عليه السلام - قضى بتسليم الغنم إلى أرباب الزرع قبالة زرعهم، وقضى سليمان - عليه السلام - بدفعها لهم ينتفعون بدرها، ونسلها، وخراجها حتى يخلف الزرع، وينبت زرع آخر.

---

(١) سقط فى أ.

والنفش: رعى الليل، والهمل[١]: رعى النهار بلا راعٍ.

ولأنه فرط؛ فيضمن كما لو كان حاضرًا.

ولأنه بالنهار يمكنه التحفظ [دون الليل، وقد اعتبرتم ذلك فى قولكم: إن رمت الدابة حصاة كبيرة، أصابت إنسانًا: ضمن الراكب، بخلاف الصغيرة لا يمكنه التحفظ][٢] منها، ويتحفظ عن الكبير بالتنكب عنه.

وقلتم: يضمن ما نفحت بيدها؛ لأنه يمكنه ردها بلجامها، ولا يضمن ما أفسدت برجلها وذنبها.

احتجوا بقوله - عليه السلام -: «جَرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ».

وبالقياس على النهار.

وما ذكرتم من الفرق بالحراسة بالنهار باطل؛ لأنه لا فرق بين من حفظ ماله فأتلفه إنسان، أو أهمله فأتلفه: أنه يضمنه فى الوجهين.

وقياسًا على جناية الإنسان على نفسه وماله، وجناية ماله عليه، و [جنايته على][٣] مال أهل الحرب، [أو أهل الحرب][٤] عليه، وعكسه: جناية صاحب البهيمة.

والجواب عن الأول: أن الجرح عندنا جبار، إنما النزاع فى غير الجرح، واتفقنا على تضمين السائق، والراكب، والقائد.

وعن الثانى: الفرق المتقدم.

والجواب عما ذكر: أن إتلاف المال بسبب المالك، كمن ترك غلامه يصول،

(١) فى أ: المهد.

(٢) سقط فى أ.

(٣) فى أ: على جناية.

(٤) سقط فى أ.

فيقتل: فلا يضمن.

وعن الثالث: أنه يضمن، قياسٌ مخالفٌ للآية، ولأنه بالليل مفرط، وبالنهار ليس مفرطًا.

وبقية النقوض ليس أحدهم من أهل الضمان، وههنا أمكن التضمين.

* * *

فهرس محتويات

الجزء التاسع

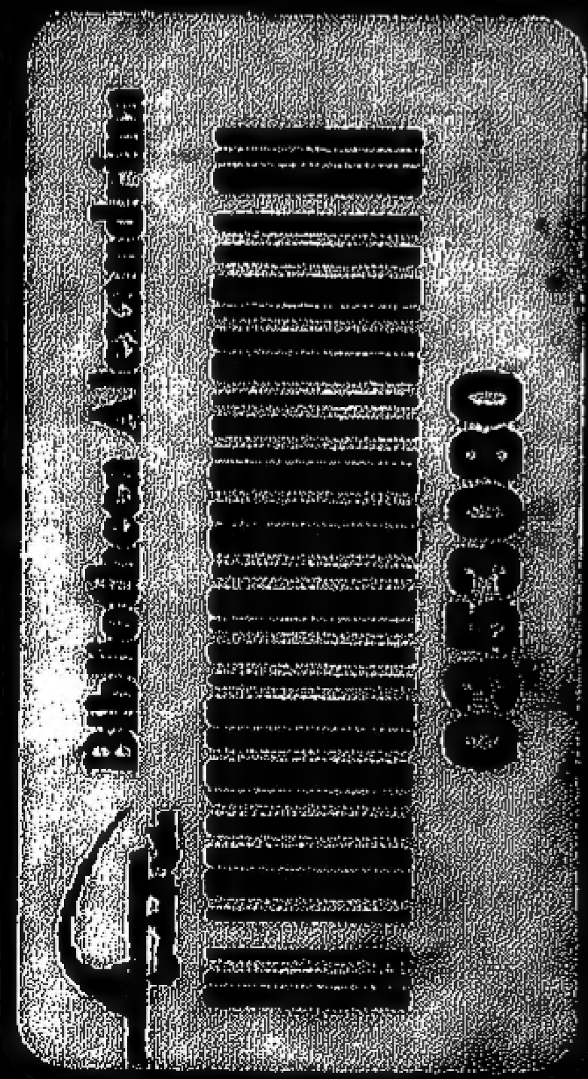
مـــن

الـذخـيــرة

فهرس المحتويات

كتاب العتق	٣
كتاب التدبير	١٣٧
كتاب الكتابة	١٧٧
كتاب أمهات الأولاد	٢٥٧
كتاب الجنايات	٣٠٧
الباب الأول: فى ألفاظه	٣٧٨
الباب الثانى: فى أحكام القذف	٣٨٨
الباب الثالث: فى التعزير	٤٠٠
كتاب موجبات الضمان	٤٨٠

* * *


Bibliotheca Alexandrina
0953080